



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Pedro José de Almeida Ribeiro

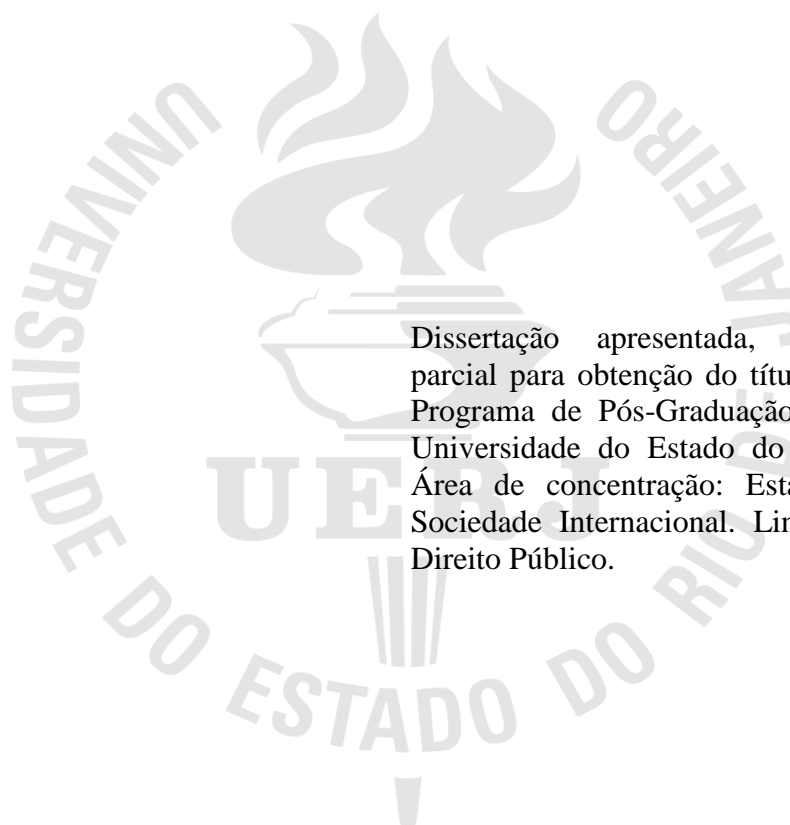
**A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões
contramajoritárias**

Rio de Janeiro

2014

Pedro José de Almeida Ribeiro

**A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões
contramajoritárias**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R484 Ribeiro, Pedro José de Almeida.

A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões
contramajoritárias / Pedro José de Almeida Ribeiro. – 2014.
330 f.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito Constitucional - Teses. 2. Jurisdição - Teses. 3. Pareceres
jurídicos – Teses. I. Pessanha, Rodrigo Brandão Viveiros. Universidade do
Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Pedro José de Almeida Ribeiro

**A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões
contramajoritárias**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 22 de agosto de 2014.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof^a. Dr^a. Jane Reis Pereira Gonçalves
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Eduardo Bastos Furtado de Mendonça
Centro Universitário de Brasília

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

Para os meus pais, Fátima Darcinete de Almeida e José Luciano dos Santos Ribeiro, que me ensinaram a querer ser sempre uma pessoa melhor, em todos os sentidos. Para as minhas avós, Neusa e Darci, mulheres à frente do seu tempo, que construíram a nossa família.

AGRADECIMENTOS

Essa é a parte mais fácil de todo esse trabalho. Sou uma pessoa de sorte e, como em geral acontece com os sortudos, tenho muitas pessoas a agradecer. Antes de todos, minhas avós Neusa e Darci, meu avô Celso, meus pais Fátima e Luciano, e meu irmão Lucas. Logo em seguida, minha madastra Erika, e meus padrinhos Roberto e Carla. Todos vocês são o núcleo duro da minha vida e os principais responsáveis pela concretização desse sonho. Esse trabalho é de vocês também.

Em segundo lugar, agradeço aos ilustres professores que compõem o Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Já no início da graduação tive a oportunidade de ter aulas com o professor Daniel Sarmento, um grande mestre que me abriu as portas do Direito Constitucional. No final da faculdade, quando voltei do intercâmbio, tive a sorte de ser aluno dos professores Ricardo Lodi Ribeiro e Marco Antônio Rodrigues, que se tornaram meus amigos e exemplos a serem seguidos. Agradeço também *in memoriam* ao professor Marcos Juruena, uma pessoa que dedicou sua vida ao próximo e que permanece em meu coração como um exemplo de bondade. Já no mestrado, tive a oportunidade de conhecer melhor pessoas que admirava de longe: o professor Luis Roberto Barroso e as professoras Jane Reis e Ana Paula de Barcellos. Muito obrigado pelas lições e por fazerem da UERJ o que ela é.

Agradeço em especial ao meu amigo, professor e orientador Rodrigo Brandão. Rodrigo e eu nos conhecemos quando eu estava no quarto período e ele ainda estava começando sua trajetória acadêmica. Já naquele momento a afinidade foi evidente. O tempo passou e quis a vida que voltássemos a nos encontrar: ele agora como professor doutor da pós-graduação e eu como um jovem mestrando, iniciando a minha trajetória acadêmica. Obrigado pela orientação, pelas críticas, pela disponibilidade, pelas oportunidades que você já me propiciou e por tudo que ainda tenho certeza que iremos construir.

Mas a realização desse projeto não foi possível apenas graças aos meus familiares e professores. No meu trabalho, tive a sorte de contar com o apoio e o carinho de algumas pessoas especiais, a quem agradeço: Álvaro de Freitas, que todos os dias me ensina muita coisa; Ezequiel Balthazar, cuja história de vida e superação merecia um filme; Paula Bagrichevsky, minha chefe, a quem faço questão de agradecer todos os dias pela

serenidade e delicadeza com que vive a sua vida e trata todos a sua volta; e Fernanda Assunção, pelas muitas risadas e conversas que tornam o dia-a-dia mais doce.

Meus amigos do mestrado, pessoas especiais que dividiram muitos momentos e cuja excelência e brilhantismo me impuseram o desafio de tentar responder a altura. Rodrigo Zambão, Marcelo Valença, Juliana, Carina, Fernanda, Mariana e em especial Filipe Guedes, que se tornou um amigo para a vida inteira. Além dos meus companheiros de turma, as discussões se tornaram ainda mais vivas e instigantes quando nossos calouros passaram a fazer parte do programa. Por isso agradeço também a eles, em especial a Aline, Luis Felipe, Ciro, e aos meus amigos de longa data José Marcos e Leonardo.

O pouco tempo que sobrou fora da academia e do trabalho durante esses dois anos e meio foi partilhado com pessoas muito especiais a quem também agradeço: os amigos da “confraria dos comodors”, Rodrigo, Rafael, Filipe, Pedro, Antero, Flavio, Daniel, Carlos, Savio e Thiago Campos, cuja amizade e companheirismo crescente nunca deixam de me surpreender; e os amigos da vida inteira, em especial Pedro Salino, Thiago Pereira, Matheus, Francisco, Patrick, Vinicius, Victor Hugo, Manuel, Marcelo, Maurício, Bernardo Clementino, Raphael Gustavo, Lucas Breves e Thiago Campos, que merece a menção mais uma vez.

Além dos amigos, uma pessoa em especial esteve comigo em mais momentos do que sou capaz de lembrar e, por todo carinho e cumplicidade, a ela devo um agradecimento mais do que especial. Lana Carvalho, obrigado por tudo!

Agradeço também a Beatriz Cunha, cuja ajuda na pesquisa na reta final foi muito importante. Finalmente, um registro de gratidão a John Coltrane, Dave Brubeck, Billie Holiday, Amy Whinehouse, Aretha Franklin, Chet Baker, Los Hermanos, Queen, Aerosmith, Kanye West e, em especial, a Miles Davis. Não sei o que teria sido dos intervalos das minhas longas jornadas de estudo sem vocês.

I want to see you game boys,
i want to see you brave and manly,
and i also want to see you gentle and tender.

Be practical as well as generous in your ideals.
Keep your eyes on the stars
and keep your feet on the ground.

Courage, hard work, self mastery, and intelligent effort
are all essential to a successful life.

Character, in the long run, is the decisive factor in the life of an individual
and of nations alike.

Theodore Roosevelt

Yes we can.

Barack Hussein Obama

RESUMO

RIBEIRO, Pedro José de Almeida. *A construção do judiciário, o capital institucional e a quota de decisões contramajoritárias*. 2014. 330 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

A presente dissertação procura propor uma nova métrica para avaliação das decisões de cortes constitucionais, que considera os seus custos a luz do capital institucional. A partir da investigação da real posição do Judiciário na separação de poderes, veremos que ele está longe de ser capaz de atuar como as teorias normativas exigem, em especial na função de Guardião da Constituição. O Judiciário é essencialmente fraco, e foi concebido para ser assim. Já o previam Montesquieu e Hamilton. Contudo, múltiplos agentes pelas mais diversas razões podem ter incentivos para tornar o empoderamento das Cortes um projeto interessante. Nessa perspectiva, o Judiciário é capaz de se desenvolver institucionalmente e adquirir poder, chegando a posições de destaque no arranjo institucional de um país. Entre a fraqueza e a supremacia – os dois extremos concebidos pelas teorias normativas – está a posição do Judiciário. Ela, no entanto, é dinâmica, e varia a partir da quantidade de capital institucional que a Corte possua em dado momento.

Em função disso, analisaremos as principais causas de variação desse capital para em seguida focar na mais importante delas: a decisão judicial. Considerando essa causalidade, serão propostas duas classificações das decisões em controle de constitucionalidade, que balizarão a aplicação do conceito de capital institucional, contribuindo para avançar uma teoria política da jurisdição constitucional.

Palavras-chave: Direito constitucional. Jurisdição constitucional. Dificuldade contramajoritária. Teorias de empoderamento judicial. Capital institucional. Separação de poderes. Teoria política. Neoinstitucionalismo.

ABSTRACT

RIBEIRO, Pedro José de Almeida. *The construction of the judiciary, institutional capital and countermajoritarian decisions*. 2014. 330 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This dissertation seeks to propose a way of analyzing judicial review decisions, considering the phenomenon of exhaustible institutional capital. Looking positive accounts of judicial power, we see how it is, as Montesquieu, Hamilton and others saw it, “the least Dangerous Branch” and cannot fulfill the normative promises granted by Normative Theory. However, several theories explain reasons why political actors might want to grant power to the Judiciary. Judicial empowerment thus creates a new equilibrium, in which the Judiciary can no longer be the weakest Department. In between those extremes – “juristocracy” or irrelevance – lies the amount of institutional capital granted to the Judiciary.

With that in mind, we seek to understand the main causes that expend or restore this political capital and reach a conclusion: judicial decisions are the main reason why diffuse support can vary. Therefore we propose two categories of judicial decisions that will help us understand this variation, so we can finally move towards integrating law and politics in a more productive way.

Keywords: Constitutional law. Judicial review. Countermajoritarian difficulty. Judicial empowerment. Institutional capital. Separation of powers. Neoinstitutionalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 NO <i>THEY CAN'T</i>. A INCAPACIDADE CONTRAMAJORITÁRIA E AS PREMISSAS DE TRABALHO	
1.1 Premissas teóricas	18
1.1.1 <u>Situando a nossa proposta no histórico brasileiro: 200 anos em 25</u>	18
1.2 Entre o Direito e a política. Teorias Normativas vs. Perspectivas empíricas ou descritivas	25
1.3 “Judicial Politics”: Modelos “legalista”, atitudinal, institucional e estratégico.....	30
1.4 A dificuldade contramajoritária em perspectiva. Função contramajoritária vs. resultado contramajoritário	37
1.5 A incapacidade institucional para ser contramajoritário	38
1.5.1 <u>Não podem e não querem: o Judiciário visto por dentro</u>	46
1.6 Alguns exemplos dos limites do Poder Judicial. Power only with persuasion	49
1.6.1 <u>Ascensão e queda da Corte Constitucional Russa</u>	51
1.6.2 <u>O caso boliviano</u>	52
1.6.3 <u>A experiência americana</u>	55
1.6.3.1 Marbury v. Madison ou Stuart v. Laird? A outra história (do direito) americano.....	56
1.6.3.2 A crise de nulificação e os limites da capacidade da Suprema Corte.	60
1.6.3.3 No coração da premissa contramajoritária: a Corte de Warren e a “revolução do processo criminal”.	63
1.6.3.4 Performance contramajoritária na crise: De Korematsu à Guerra ao Terror.....	80
1.7 O Supremo Tribunal Federal e o caso brasileiro	88
1.8 Conclusão	96
2 CONSTRUINDO O PODER JUDICIAL	101
2.1 Quem. Os agentes do desenvolvimento do Judiciário	101
2.1.1 <u>Atores Políticos</u>	102
2.1.1.1 Poder Executivo.....	102

2.1.1.2	Poder Legislativo.....	109
2.2	Outros atores constitucionais.....	115
2.2.1	<u>A opinião pública.....</u>	115
2.2.2	<u>Os grupos de interesse.....</u>	121
2.3	O próprio Judiciário.....	126
2.4	Por quê. As razões para empoderar as Cortes.....	126
2.4.1	<u>Teoria da preservação hegemônica.....</u>	130
2.4.2	<u>Teoria do Seguro ou “entrenchment thesis”.....</u>	138
2.4.3	<u>Teoria da Superação de obstáculos.....</u>	148
2.4.4	<u>A transferência de questões políticas divisivas.....</u>	160
2.4.5	<u>A posição <i>ex post facto</i>, varejista e a atuação informacional do Judiciário</u>	169
2.4.6	<u>O direito como limitador de mudanças e a manutenção do <i>status quo</i>.....</u>	177
2.4.7	<u>Atraindo investimentos.....</u>	180
2.4.8	<u>O judiciário no constitucionalismo contemporâneo: as justificações normativas para o empoderamento do judiciário.....</u>	185
2.4.9	<u>Comentário Final sobre as razões para o empoderamento do Judiciário</u>	197
2.5	Como. Formas de expandir o Poder Judiciário.....	198
2.6	Quando. As etapas da construção da independência judicial.....	203
2.6.1	<u>Afastando a possibilidade de rompimento institucional, o “Low-equilibrium Judicial Review”.....</u>	203
2.6.2	<u>“High-Equilibrium Judicial Review” e a curva de ascensão de poder.....</u>	206
2.6.3	<u>Manutenção do poder ou enfraquecimento institucional.....</u>	211
2.7	Conclusão.....	214
3	O CAPITAL INSTITUCIONAL. A CLASSIFICAÇÃO DAS DECISÕES E A QUOTA DE DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS.....	219
3.1	Breve análise do poder na Ciência Política.....	221
3.2	O conceito de Capital Institucional.....	227
3.3	A natureza quantitativa, dinâmica e relacional do capital institucional e a sua expansão/diminuição.....	234
3.3.1	<u>As decisões judiciais e seu impacto no capital institucional.....</u>	239
3.3.2	<u>Uma proposta de classificação das decisões judiciais.....</u>	247
3.3.2.1	Quanto à quantidade de agentes constitucionais que desejam o mesmo resultado.....	248

3.3.2.2	Quanto à relevância política.....	255
3.3.3	<u>A quota de decisões contramajoritárias.....</u>	257
3.4	Aderência ao direito e outros comportamentos que influenciam o capital institucional.....	263
3.5	Alguns exemplos da dinâmica do capital institucional.....	276
3.5.1	<u>O capital institucional da Corte Constitucional Colombiana.....</u>	276
3.5.2	<u>A Suprema Corte Constitucional Egípcia.....</u>	285
3.5.3	<u>A “mãe de todos os Judiciários”. O Desenvolvimento da Suprema Corte dos Estados Unidos.....</u>	288
3.6	O STF: da transição democrática aos dias atuais.....	302
3.7	Conclusão.....	311
	CONCLUSÃO	314
	REFERÊNCIAS	317

INTRODUÇÃO

Em seu estudo acerca da “questão judiciária na América Latina”, intitulado *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*,¹ Eugenio Raúl Zaffaroni faz dois alertas que merecem ser destacados. O primeiro diz respeito a pouca importância que se dá ao estudo das instituições na América Latina:

Nas Constituições latino-americanas têm-se dado acentuada atenção à consagração de direitos e garantias, mas pouca às instituições que devem torná-los efetivos e, em particular, ao Poder Judiciário. Em alguns casos parece esquecer-se de que uma Constituição pode inclusive carecer da “parte dogmática” e nem por isso deixar de ser uma Constituição, mas jamais poderá carecer da parte institucional, porque esta diz respeito à sua essência.²

O segundo alerta foi para a falta de estudos mais consistentes sobre a “sociologia judicial” e sobre a “teoria política da jurisdição”.³ *In verbis*:

Salvo exceções, não se pode falar de um verdadeiro desenvolvimento teórico do tema na América Latina. Têm sido realizados estudos sociológicos, mas não há tradição de uma “sociologia judicial” na região. Contudo, o que consideramos mais grave é que nem sequer poderemos falar de uma tradição de “teoria política da jurisdição”, se entendermos por isso: a) o esclarecimento da função manifesta que se lhe pretende atribuir; b) a análise da função real que exercita e c) a necessária crítica à estrutura institucional para otimizá-la com relação às suas funções manifestas.⁴ (Grifo nosso)

Embora seu estudo tenha sido publicado no Brasil em 1995, os alertas de Zaffaroni permanecem atuais, em especial no que diz respeito à pouca energia dedicada a delinear os contornos de uma teoria política da jurisdição.

Este trabalho tem o propósito de contribuir para o preenchimento desta lacuna, em especial no que concerne às duas últimas perguntas de Zaffaroni: Qual a função real que exercita? E qual a estrutura institucional que lhe permitiria chegar mais perto da função que se lhe pretende atribuir?

No contexto americano, essas perguntas são frequentemente enquadradas no contexto do debate em torno da “dificuldade contramajoritária”. Foi Bickel quem primeiro formulou a questão nesses termos, em seu livro publicado em 1962, *The Least*

¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução Juarez Tavares; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

² Ibid., p. 17.

³ Ibid., p. 26.

⁴ Idem.

Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics”,⁵ embora autores como Friedman defendam que as críticas em termos contramajoritários já existiam muito antes da formulação do termo.⁶ Segundo Bickel, quando a Suprema Corte declara um ato do legislativo ou do executivo inconstitucional, ela estaria frustrando a vontade dos representantes eleitos pelo povo, exercendo esse controle não em nome da maioria, mas contra ela, o que tornaria o controle de constitucionalidade, invariavelmente, uma força contrária à democracia.⁷

O debate em torno da questão contramajoritária passou décadas centrado na primeira questão formulada por Zaffaroni: Qual a função que se pretende atribuir ao Judiciário? Muitas teorias normativas foram formuladas para encontrar, em abstrato, a medida ideal de intervenção do Judiciário nos demais poderes. Todas preocupadas em reconduzir o controle de constitucionalidade à democracia e, com isso, o justificar.

Mais recentemente, cansados da obsessão sobre a questão contramajoritária⁸ - aparentemente insolúvel em termos teóricos - muitos estudiosos perceberam que a dificuldade contramajoritária não poderia ser resolvida em termos abstratos e se reaproximaram da ciência política em busca de novas perspectivas sobre o tema. Em outras palavras, passaram a buscar a resposta para a segunda pergunta formulada por Zaffaroni: Qual a função real que o Judiciário exercita?

Embora ainda em seus primeiros passos no Brasil, em países como os Estados Unidos, com longa tradição de estudos desse tipo, essa abordagem descritiva da questão divide os estudiosos em dois grandes grupos. Há uma longa lista de políticos, estadistas e estudiosos que a partir de perspectivas institucionais, históricas e atitudinais vislumbraram o Judiciário como um poder essencialmente fraco. Dentre esses podemos listar Montesquieu, Alexander Hamilton, Felix Frankfurter, Dean Alfange, Gerald Rosenberg, Georg Vanberg, Barry Friedman, dentre outros. Para eles, a dificuldade contramajoritária é irrelevante, pelo simples fato do Judiciário não ser capaz de exercê-la, ou não ter vocação para fazê-lo.

⁵ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics. Second Edition*. New Haven: Yale University Press. 1986.

⁶ FRIEDMAN, Barry. “The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”. 73. *New York University Law Review*, n. 2, Maio 1998. pp. 333-433

⁷ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics. Second Edition*. New Haven: Yale University Press. 1986, pp. 16-17.

⁸ FRIEDMAN, Barry. The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship. *Northwestern University Law Review*. 2001. V. 95. n. 3, 933-954.

Do outro lado, estão estudiosos e pesquisadores que se preocupam com a expansão desmedida das cortes, que em muitos contextos teriam alcançado uma supremacia não apenas teórica, mas real. Fala-se em “supremocracia” e supremacia judicial de forma cotidiana. A expansão da judicialização da política seria um fato incontroverso, e a dificuldade contramajoritária uma questão efetivamente presente.

Neste contexto se insere esta dissertação, que busca contribuir para apresentar um cenário mais completo da realidade e avançar uma teoria política da jurisdição. O objetivo é demonstrar que ambas as perspectivas mencionadas estão parcialmente corretas, desde que integradas em um contexto maior. O Judiciário é de fato o mais frágil dos poderes. Foi pensado para sê-lo, e essa é a sua essência. Contudo, ao longo da história, muitas pessoas, pelos mais variados motivos, e das mais diversas formas, tiveram incentivos para transferir poder ao Judiciário. Esse processo de empoderamento criou, na prática, múltiplos cenários e situações em que as cortes são de fato extremamente poderosas, a ponto de serem capazes de atuar frustrando as expectativas dos demais poderes.

Para melhor visualizar essa dinâmica de variação de poder - entre a incapacidade e a supremacia-, apresentaremos uma métrica de quantificação dos recursos necessários ao seu exercício que será denominada de capital institucional. O capital institucional se encaixa nessa narrativa do Judiciário e flutua entre os dois extremos enfatizados pela doutrina. Quando estiver alto, o Judiciário será mais capaz de exercer poder e estará mais próximo da posição que enfatiza a supremacia e a judicialização da política. Quando estiver baixo, as cortes terão poucas condições de atuar de forma independente e se encaixarão no perfil daqueles que as vislumbram como preponderantemente dependentes e capazes apenas de atuar de forma “majoritária”, ou seja, em harmonia com outros interesses e vontades.

Compreendida essa métrica, o objetivo será descrever os comportamentos que ampliam esse capital institucional e aqueles que o desgastam, enfatizando o resultado prático das decisões como o mais importante desses comportamentos. Com base nessa descrição, a conclusão inexorável é de que o poder do Judiciário de proteger os direitos fundamentais e guardar a Constituição dos abusos das majorias ocasionais é limitado, podendo ser maior ou menor de acordo com o estoque de capital institucional que a Corte possuir no momento. A percepção da existência de um limite para essa atuação heróica do Judiciário, que denominaremos didaticamente de “quota de decisões contramajoritárias”, permite que os esforços de pesquisas futuras sejam redirecionados para novas perguntas: a primeira delas, como o judiciário deve utilizar esse estoque de poder limitado? Como

empregar de forma mais adequada o capital institucional se ele não é capaz de resolver todos os problemas?

Admitidas as limitações, poderemos reconduzir o trabalho a uma proposta normativa: ciente dessa escassez de poder, as pessoas podem exigir da Suprema Corte uma alocação melhor do seu poder contramajoritário. Existe uma quota de decisões contramajoritárias, tal qual uma conta corrente na qual o judiciário debita e credita. De que forma esses recursos escassos devem ser empregados?

Ainda no esforço de criar ferramentas para responder a questão formulada por Zaffaroni, serão propostas duas classificações das decisões de uma Corte Constitucional. A primeira terá como base a “quantidade de agentes constitucionais que desejam o mesmo resultado”. Esse parâmetro divide as decisões em contramajoritárias e majoritárias. O segundo parâmetro classificatório diz respeito à “saliência política da decisão”, e a partir dele dividiremos as decisões judiciais em ordinárias e extraordinárias.

Essas duas classificações irão se conjugar para oferecer um novo parâmetro qualitativo de avaliação das decisões de uma Corte Constitucional, qual seja, se a decisão alocou de forma correta ou inteligente os recursos do judiciário. Em outras palavras, as decisões do STF passam a ter mais uma camada de escrutínio: se foi contramajoritária, será que o Supremo “gastou” esse poder de forma inteligente? Estabelecer os parâmetros a partir dos quais essa pergunta pode ser respondida conclui todo o trabalho que será empreendido.

No geral, acreditamos que o nosso estudo e a nossa proposta contribuirão para o debate jurídico de duas formas. A primeira contribuição diz respeito à revisão das expectativas de transformação da realidade e da redenção pelo Judiciário. Essa conscientização não desmonta o potencial emancipatório da Constituição por intermédio do direito e das vias judiciais. Apenas demonstra a importância desse potencial ser cultivado, expandido e concretizado em outras instituições e, nesse sentido, contribui com dois movimentos que precisam ser aprofundados no Brasil: a reforma política e as propostas de leitura popular da Constituição.⁹ A segunda contribuição é mais modesta. Longe de propor uma resposta definitiva para arranjos institucionais ou justificações filosóficas para a atuação do Judiciário, propõe-se apenas um parâmetro quantitativo a partir do qual se pode avaliar se uma decisão do STF alocou bem os recursos escassos de que dispõe a Corte, ou seja, se contribuiu ou não para o desenvolvimento do

⁹ KRAMER, D. Larry. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press. 2004.

constitucionalismo democrático e, por conseguinte, para a sua legitimação enquanto instituição decisória.

Para realizar isso, o trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro capítulo apresentará as premissas metodológicas e as razões institucionais, atitudinais e históricas que comprovam que o Judiciário de fato é o poder essencialmente mais fraco dentro da estrutura da separação de poderes. De início, faremos um rápido registro histórico da evolução do constitucionalismo no Brasil, que realizou em pouco mais de vinte e cinco anos uma trajetória de amadurecimento que nos Estados Unidos demorou mais de duzentos anos. Dentre as premissas metodológicas, traçaremos um panorama da distinção entre a perspectiva normativa e a descritiva, e em seguida entre os modelos de análise da atuação do judiciário, classicamente divididos entre os modelos “legal”, atitudinal, institucional e estratégico, para situar o marco teórico do nosso trabalho no contexto descritivo e institucional estratégico. Ainda nas premissas, faremos a distinção importante entre a função contramajoritária e o resultado contramajoritário, deixando claro que, na perspectiva descritiva e institucional, é o resultado que importa.

A segunda parte do primeiro capítulo será focada em apresentar as razões institucionais que levam o judiciário a ser considerado essencialmente fraco, notadamente os mecanismos institucionais de limitação do poder judiciário disponíveis aos demais poderes, a questão da implementação das decisões judiciais, e ainda um rápido desvio do paradigma institucional para avaliar a necessidade psicológica dos juízes de serem aceitos pelas suas comunidades e como isso os torna incapazes de serem consistentemente contramajoritários. Ao fim dessa explicação teórica, serão apresentados exemplos históricos que evidenciam a limitação do poder das Cortes. Dois casos recentes de Cortes Constitucionais que literalmente deixaram de existir: o Tribunal Constitucional Boliviano e a Suprema Corte Russa. Além dessas duas, apresentaremos alguns exemplos da história americana e brasileira que contribuirão para delinear esse cenário do Judiciário como uma instituição incapaz de atuar contramajoritariamente.

O capítulo dois busca fazer o contraponto da narrativa apresentada no primeiro. Afinal, se os tribunais constitucionais são assim tão fracos, por que tantas pessoas falam em supremacia judicial, governo de juízes, judicialização da política, dentre outros termos que enfatizam a expansão desse poder? Estariam todas essas pessoas erradas? Veremos que não. O segundo capítulo propõe-se a dissecar a construção do poder judiciário, a partir dos agentes interessados nesse empoderamento, os motivos que existem para tornar essa delegação de poder interessante, os mecanismos utilizados para fazê-lo, e os momentos

em que isso acontece. Todos esses elementos se integram para concluir que o processo de expansão do poder das Cortes decorre de uma atuação essencialmente cooperativa com os agentes políticos e constitucionais (Poder Executivo, Poder Legislativo, opinião pública e grupos de interesse). Apenas porque coopera e produz mais resultados interessantes do que prejudiciais o Judiciário se torna poderoso.

Para compreender a dinâmica entre cooperação e empoderamento e atuação contramajoritária e gasto de poder, o terceiro capítulo fará uma análise sobre o poder, seus elementos e características, para concluir que o poder do Judiciário é fundado em seu capital institucional. Na sequência do capítulo, analisaremos o conceito e características do capital institucional, focando nos comportamentos das cortes que lhe permitem expandi-lo ou diminuí-lo, e enfatizando o resultado prático das decisões como o mais importante fator de variação desse capital. Constatada essa causalidade, serão propostas duas classificações das decisões judiciais, que as dividem em majoritárias e contramajoritárias, de acordo com o número de atores beneficiados/prejudicados pela decisão; e ordinárias e extraordinárias, de acordo com a saliência política e intensidade da reação que as decisões acarretam. A conjugação dessas duas classificações irá estabelecer os critérios de avaliação das decisões das Cortes Constitucionais para informar pesquisas futuras sobre a forma mais adequada de utilizar o capital institucional do judiciário. O encerramento do capítulo terceiro fará uma breve análise de alguns momentos da história da Suprema Corte Americana, do STF, da Suprema Corte egípcia, e da Corte Constitucional Colombiana, quatro experiências em que a dinâmica da utilização do capital institucional se apresenta de forma nítida, permitindo ilustrar a aplicação prática do conceito.

Ao fim, espera-se demonstrar o caráter essencialmente político da jurisdição constitucional, o que importa admitir que o Judiciário não está acima das disputas de poder, e não pode, portanto, salvar-nos de nós mesmos. As possibilidades de transformação social do Judiciário são modestas. Essa lição de humildade permite que as energias de pesquisas futuras sejam alocadas em questões relativamente novas, como os estudos focados na transformação dos demais poderes, notadamente o legislativo, a partir da busca dos melhores modelos de reforma política; e questões inéditas no âmbito da jurisdição constitucional, relacionadas à melhor maneira de alocar esse poder do Judiciário de contrariar a vontade das maiorias, considerando a sua natureza escassa.

1 NO THEY CAN'T. A INCAPACIDADE CONTRAMAJORITÁRIA E AS PREMISSAS DO TRABALHO

Dos três poderes acima mencionados, o Judiciário é quase nada.¹⁰

O objetivo deste capítulo é expor os limites do Poder Judiciário, tanto na perspectiva teórica quanto empírica, e demonstrar porque esses limites tão evidentes são desconsiderados pela teoria constitucional contemporânea, que assume de forma incontestada a premissa do Judiciário como o Guardião entrincheirado da Constituição.

1.1 Premissas Teóricas

1.1.1. Situando a nossa proposta no breve histórico brasileiro: 200 anos em 25

A primeira premissa deste trabalho envolve a compreensão do momento histórico recente do Brasil no que diz respeito ao constitucionalismo democrático. Só conhecendo a rápida virada do direito constitucional em nosso país, já madura sem ter nem mesmo trinta anos, poderemos entender porque discussões já relativamente consolidadas em outros países só agora começam a chegar aqui. Em outras palavras, esse contexto histórico serve para explicar porque a doutrina constitucional não deu a devida atenção ao que Zaffaroni chamou de “teoria política da jurisdição”.

Essa aparente negligência se justifica quando compreendemos como se consolida uma disciplina jurídica. Ou melhor, quando nos perguntamos como uma disciplina jurídica se torna autônoma? O direito processual civil, por exemplo, ao longo de toda a Roma antiga foi associado ao direito material. Só tinha ação aquele que tinha o direito. Não existia o processo como um ramo autônomo do direito. Foram necessárias abstrações teóricas das mais variadas para lhe estabelecer um objeto autônomo. As teorias da ação, o processo, a lide, tudo concebido para demonstrar que o processo independe do direito material. O direito processual enfim se consolidou e se tornou independente. Mas a realidade não se curva às abstrações, e, como não podia deixar de ser, o pêndulo moveu-se

¹⁰ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. V. I. p. 186.

novamente no sentido da instrumentalização do processo, que não deve ser um fim em si mesmo, mas deve sempre servir à tutela do bem da vida que o justifica. Ou em outras palavras: o processo é autônomo, desde que entendido como instrumental para a distribuição do direito material. Essa relação entre o direito material e o direito processual sempre existirá. Assim, se em um momento foi fundamental estabelecer a autonomia e independência do processo para distingui-lo do direito material, e isso decorreu das circunstâncias: o processo não existia enquanto ramo do direito. Era uma criança que ainda não tinha identidade. Certamente não é mais o caso. O direito processual já está maduro o suficiente para se misturar com o direito material sem perder a identidade.

Guardadas as devidas proporções, o mesmo aconteceu com o Direito Constitucional. A seguir, faremos um breve histórico das três fases de amadurecimento do Direito Constitucional e do controle de constitucionalidade no pós 1988.

A primeira fase, que pode ser chamada de nascimento ou infância do direito constitucional aconteceu no processo de redemocratização, marcado pela transição da ditadura militar para uma nova ordem democrática. Nesse período, prevaleceram o chamado constitucionalismo da efetividade e a fase “processual” do controle de constitucionalidade.

Há pouco mais de 25 anos, o direito constitucional era um apêndice da ciência política. Muitas vezes ensinado por professores de história, tratava-se de mera enunciação das instituições políticas tal qual existiam no plano descritivo. E dificilmente poderia ter sido diferente, como ensinou o professor Luís Roberto Barroso.¹¹ Com a Constituição Federal de 1988 e a redemocratização, o direito constitucional viu uma chance de se tornar autônomo, e foi da inexistência ao apogeu nesse breve espaço de tempo. Na sua infância, o direito constitucional preocupava-se em se afirmar direito. Obviamente, então, demonstrou pra quem quisesse ver que era tão provido de normas quanto o direito civil – seu irmão mais velho.¹² Nesse processo, alguns constitucionalistas como o Professor Luis Roberto Barroso e Clèmerson Cleve,¹³ entre outros, atuaram com o propósito de dar sustentação teórica à doutrina brasileira da efetividade. A normatividade e o foco nos

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹² Ibid., p. 303: “Por ora, cumpre consignar que a doutrina da efetividade importou e difundiu, no âmbito do direito constitucional, um conceito tradicionalmente apropriado pelo direito civil, mas que, na verdade, integra a teoria geral do direito: o de direito subjetivo.”

¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1991, pp. 34-53. E A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 1999.

aspectos processuais de sua efetivação eram a tônica.¹⁴ Realizávamos nos anos 90 o que os americanos tinham feito no início do século XIX: construíamos o constitucionalismo e a revisão judicial.¹⁵

Nesse contexto, não havia espaço para discussões filosóficas ou questionamentos em relação à natureza, propósito e justificação do controle de constitucionalidade. Esse processo de separação rígida das demais ciências sociais não foi um privilégio brasileiro. Também nos Estados Unidos, o início do desenvolvimento da ciência do direito tampouco permitia essa aproximação, razão pela qual os estudos empíricos ficaram distantes do direito durante mais de um século, como coloca Heise:

Notably, during the initial forging of the modern American law school model, delineating and maintaining the boundary between legal science and all other academic disciplines was so vital to the professional identity of the law professor, that there was precious little room for or interest in anything resembling empirical legal scholarship.¹⁶

Voltando ao Brasil, a tônica era enfatizar que a Constituição Federal de 1988 era norma, precisava ser concretizada, e que diversos de seus artigos conferiam essa missão concretizadora ao Judiciário. Afinal, pelo menos desde *Marbury v. Madison*¹⁷ a Constituição teria sido província do Judiciário nos Estados Unidos, onde ele reinaria supremo, fenômeno que também ocorreu na Europa com o final da 2ª Guerra Mundial,

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Op. cit., p. 303: “as normas constitucionais definidoras de direitos – isto é, de direitos subjetivos constitucionais – investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Não cumprido espontaneamente o dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecido constitucionalmente o direito de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação. Trata-se do direito de ação, previsto no art. 5, XXXV da Constituição”.

¹⁵ O controle de constitucionalidade não surgiu com a Constituição de 1988. O controle difuso e incidental tem sua certidão de nascimento no Decreto n. 848/1890, que criou a Justiça Federal. A primeira Constituição a prevê-lo foi a de 1891. Ver CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história – origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 433. Já o controle abstrato de constitucionalidade foi criado pela Emenda Constitucional nº 16/1965, que criou a Representação de Inconstitucionalidade, permitindo ao STF a análise da compatibilidade de leis ou atos normativos com a Constituição. Contudo, a prática do controle só se incorporou ao cotidiano jurídico brasileiro após 1988. A propósito, ver BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Op. cit.

¹⁶ HEISE, Michael. “The past, present, and future of empirical legal scholarship: judicial decision making and the new empiricism”. *University of Illinois Law Review*. nº 4. V. 2002. p. 820.

¹⁷ 5 U.S. 137 (1803).

faltando ao Brasil apenas acompanhar o pensamento jurídico das nações do primeiro mundo.¹⁸

Consolidada a doutrina da efetividade, o segundo momento histórico pode ser definido como a adolescência do direito constitucional brasileiro, em que novas formulações doutrinárias se agregaram ao que fora construído, notadamente o neoconstitucionalismo e a teoria dos direitos fundamentais. Nesse processo, começaram a surgir as primeiras dúvidas – procedimentalismo ou substancialismo; democracia ou constitucionalismo - e muitas certezas, notadamente a supremacia judicial e a metáfora do guardião entrincheirado.

Nessa segunda fase, o direito constitucional avançou na sua afirmação e no seu afastamento da ciência política. A prática constitucional e o avanço da democracia permitiam vislumbrar o projeto constitucional de forma otimista. Aproveitando-se da doutrina estrangeira, sobretudo a norte-americana, que nas décadas de 1970 e 1980 se focou em construir teorias interpretativas desenhadas para manter os juízes dentro dos limites da lei e fora da política,¹⁹ o direito constitucional brasileiro se abriu ainda mais à interpretação e aos princípios.²⁰ Mais alto e forte que seus irmãos, a prática constitucional permitia ao direito constitucional deixar de ser “apenas direito”, e sim o direito sobre o qual todos os demais se sustentavam. Surgiu espaço, então, para aprofundar as discussões sobre o papel da revisão judicial. Nessa contenda, buscaram-se dar respostas definitivas sobre qual deveria ser o papel do Judiciário no constitucionalismo democrático, de que forma os juízes deveriam decidir e interpretar a Constituição, ou seja, como as coisas deveriam ser.

Quanto à autoridade para concretizar a Constituição, o direito constitucional ainda tentava avançar nos corações e mentes – e sobretudo – na prática constitucional, a ideia do Judiciário como intérprete final, papel que lhe cabia por vocação e direito. Não havia clima nem vontade de abrir fendas nesse raciocínio.

Quanto à forma como essa autoridade final deveria ser exercida, contudo, surgiram as primeiras fissuras. Para uns, em geral dando ênfase ao constitucionalismo e ao compromisso com o governo limitado, a Constituição deveria ser interpretada pelos juízes de forma substancial, trazendo para o direito considerações morais de todas as ordens,

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁹ FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. 84 *Texas Law Review*, 2005. p. 267.

²⁰ Sobre a interpretação constitucional, ver, por todos, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

desde que calcadas na razão pública, em princípios da justiça e em uma argumentação política aceita pela coletividade.²¹ Para outros, em geral enfatizando o compromisso com a democracia, com a soberania popular e com o governo das maiorias, os juízes deveriam adotar uma postura menos ampla, procedimental, só intervindo para garantir as regras do jogo, ou seja, as condições procedimentais da própria democracia, dentre as quais se destacam, para uns, os direitos relacionados ao processo político, e para outros, a proteção de minorias desprovidas de voz na arena política.²²

Ambas as perspectivas, no entanto, concordam que em alguma medida o *judicial review* deve existir. Essa impossibilidade de definição *a priori* entre um modelo substancial ou procedimental, portanto, não coloca em discussão a legitimidade do controle de constitucionalidade, mas apenas tenta debater a medida certa desse instrumento na receita ideal do constitucionalismo democrático.²³

Essas duas perspectivas sobre a justa medida da interferência das Cortes nos demais poderes via controle de constitucionalidade se realiza, em muitos estudos, a partir do debate em torno da “dificuldade contramajoritária”, como mencionamos na introdução. E tanto os substancialistas quanto os procedimentalistas justificavam teoricamente esse déficit democrático do controle de constitucionalidade a partir de diversos argumentos: o controle de constitucionalidade serviria para a proteção das minorias – juízes independentes do povo e dos demais poderes protegeriam a democracia dos excessos das maiorias ocasionais -, e a democracia conteria em si um paradoxo de autodestruição freado apenas pelo constitucionalismo e pela existência do controle de constitucionalidade, dois pré-compromissos voltados para nos amarrar ao barco e evitar a tentação das sereias.²⁴

Todas essas justificações foram elaboradas de forma abstrata, no plano teórico normativo cujo pressuposto base é de que o juiz decida constrangido apenas pela lei e pelo

²¹ As referências aqui são muitas. Algumas representativas são: DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, Mass.: London: Harvard University Press, 1985; DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass.: London: Harvard University Press, 1996; TRIBE, Laurence H. & DORF, Michael C. *On reading the Constitution*. Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press, 1991;

²² As referências aqui também são muitas. Algumas representativas são: NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press, 1980.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p. 93. “Em suma: na busca do equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, os substancialistas dão ênfase aos princípios de justiça (i.e., aos direitos fundamentais) e os procedimentalistas, ao princípio majoritário. Deve-se reconhecer, no entanto, a existência de uma larga zona de interseção entre as duas concepções, mais expressiva do que suas diferenças.”

²⁴ ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens – studies in rationality and irrationality*. Great Britain: Cambridge University Press, 1979.

isolamento da política. Tudo resolvido no Olimpo, acessível apenas por Hércules ou Spock²⁵ e seus companheiros.

Essa separação – teórica e até certo ponto prática - serviu para dar a maturidade que o direito constitucional precisava. Não se discute mais que a Constituição é norma, e que o Supremo Tribunal Federal tem um papel relevante na democracia brasileira. Ao contrário, hoje o STF avança de tal forma que para alguns já haveria uma supremocracia.²⁶ Assim como aconteceu com o direito processual, foi importante para o direito constitucional esse momento de separação rígida. Sem consolidar a sua personalidade, ele ficaria muito suscetível às influências dos “colegas mais velhos”. O muro entre o direito e a política foi construído. Muito bem construído, por sinal.

Na medida em que o constitucionalismo foi se tornando vitorioso, seu sucesso chamou a atenção cada vez maior de estudiosos que passaram a enfrentar com maior riqueza de detalhes as suas premissas. A quantidade razoável de *judicial review* abriu-se para debate de forma mais intensa. Seria uma tensão inerente ao constitucionalismo democrático e insolúvel de forma definitiva. A dificuldade contramajoritária da mesma forma tentou ser enfrentada, e a resposta foi um tanto quanto similar, como dissemos: uns enfatizando o constitucionalismo e admitindo que alguns valores e direitos substantivos deveriam ser retirados do comércio político ordinário, outros ressaltando que o resultado produzido pelo controle de constitucionalidade promovia a democracia, e que, portanto, essa suposta dificuldade não seria um problema.

As demais questões que poderiam surgir sobre o constitucionalismo e o controle de constitucionalidade, a supremacia judicial, a necessidade de justificar a revisão judicial como um elemento intrínseco ao constitucionalismo, ou mesmo o teste empírico da dificuldade contramajoritária, permaneceriam intocadas. Esse limite não decorreu de falta de curiosidade, de desinteresse ou foi autoimposto.

A falta de problematização dessas questões nessa segunda quadra da evolução do direito constitucional decorreu do reconhecimento dos seus limites e da falta de amadurecimento suficiente para lidar com uma verdade inexorável. Assim como o processo não existe sem o direito material, tampouco o direito constitucional consegue

²⁵ BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: A perspective on Judicial Behavior*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. pp. 9-10. Baum faz a menção ao personagem do famoso seriado americano Star Trek, que seria metade humano e metade alienígena. A sua metade alienígena seria responsável pela capacidade de Spock de racionalizar toda e qualquer decisão. O autor faz essa analogia para demonstrar que as teorias normativas exigem que os juízes sejam tão racionais quanto Spock.

²⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria Constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

responder todas as perguntas e questões que surgem em seu âmago sem a ciência política. Mas essa barreira permanecia tacitamente intransponível. Um rompimento prematuro dessa fronteira poderia colocar todo um projeto vitorioso a perder.

Apenas na fase em que se encontra hoje, já adulto e maduro, o direito constitucional está suficientemente pronto para lidar confortavelmente com as incertezas. Ou, em outras palavras, está pronto para se reaproximar da ciência política sem perder a sua identidade. Essa reaproximação vem lançando luzes e dúvidas a questões aparentemente resolvidas no plano normativo, notadamente a supremacia judicial e a dificuldade contramajoritária. Quanto à supremacia judicial, assumida como um corolário lógico da supremacia da constituição, ela vem sendo questionada pelas teorias dos diálogos institucionais, que apresentam argumentos expressivos para demonstrarem que não cabe apenas ao STF decidir por último o que a Constituição significa.²⁷ Da mesma forma a dificuldade contramajoritária, cuja solução teórica de compromisso com uma democracia substantiva vem perdendo espaço para análises empíricas que questionam a própria possibilidade do judiciário atuar dessa forma, no que se convencionou chamar de “teoria majoritária” de atuação da Suprema Corte.

Mas essa reaproximação não serve apenas para contestar o que já foi construído. O direito constitucional precisa se reaproximar de leituras “positivas” ou descritivas normalmente associadas com a ciência política, com o objetivo de oferecer soluções para problemas que no plano normativo parecem insolúveis. Saber como a Constituição deve ser aplicada e como os juízes devem interpretá-la é fundamental. Mas dissociadas de como os juízes efetivamente o fazem, ou das forças que se impõem sobre eles, o *dever ser* se torna uma discussão filosófica desinteressante para os não acadêmicos, desprovida de utilidade.

Concluído o breve panorama da evolução do direito constitucional brasileiro, que em 25 anos alcançou os debates atualmente realizados por todo o mundo, há que se notar que subjacente à reaproximação do direito constitucional com a ciência política está a relação do direito com a política. A afirmação parece óbvia, mas não é. A relação entre o direito e a política é complexa, e de difícil delimitação: para uns devem ser dois mundos separados, para outros a relação é necessariamente simbiótica. Os dois próximos itens das

²⁷ Os dois trabalhos referência do tema na doutrina pátria são: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. e MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada à Universidade de São Paulo para a obtenção do Título de Doutor. São Paulo, 2008.

nossas premissas serão dedicados a aprofundar as diferentes perspectivas que iluminam essa relação entre o direito e a política.

1.2 Entre o direito e a política. Teorias Normativas vs. Perspectivas empíricas ou descritivas

A relação entre o direito e a política está sujeita a constantes reavaliações. Mesmo assim, podemos assinalar duas grandes visões sobre o tema: uma que defende que o direito e a política são universos distintos e devem permanecer assim; e a segunda, que adota uma postura mais cética e desconfia da possibilidade do direito permanecer incólume diante dos constantes estímulos da política.

No “mundo idealizado”, como o caracteriza Barroso, “*o direito é imune às influências da política, por força de diferentes institutos e mecanismos.*”,²⁸ Essa “imunização” decorreria de dois institutos: as garantias à independência do judiciário e a vinculação do juiz ao sistema jurídico. Quanto às garantias à independência, elas existiriam em dois planos. No plano do Judiciário enquanto instituição, a autonomia administrativa e financeira, e no plano do juiz singular – portador de garantias como a vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios.²⁹ Como ensina Dieter Grimm, “*o princípio da separação entre direito e política se expressa principalmente no princípio da independência do juiz.*”³⁰ Quanto à vinculação do juiz ao sistema jurídico, Barroso sugere que existe um código particular e específico do universo jurídico, que consistiria no conjunto de doutrinas, categorias, institutos e princípios próprios, além da jurisprudência e da vinculação aos precedentes, que formatariam o discurso e a atuação dos diversos operadores do direito – juízes, advogados, membros do Ministério Público, etc. Esse universo jurídico com códigos e práticas próprios seria mais uma forma de demarcar a distinção do direito e da política.³¹ Nessa perspectiva, “*Direito e política constituem mundos apartados.*”³²

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. v.2, n 21, jan./jun. 2012. pp. 29-30.

²⁹ Idem.,

³⁰ GRIMM, Dieter. Constituição e Política. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.13

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Op. cit., pp. 29-30.

³² Idem.

Antes de apresentar a visão antagônica a essa, cujo mote é descartar a separação entre direito e política como uma proposta ingênua ou puramente abstrata, há que se observar os impactos de tamanho desdém. Como será demonstrado no terceiro capítulo deste trabalho, a aderência ao direito e a sua valorização como algo distinto da política são, no mínimo, um ideal normativo de atuação do Judiciário. Do contrário, se a conclusão é de que o direito e a política se confundem completamente, então a independência do juiz mencionada por Grimm perde o sentido, já que ela é instrumental e só existe em troca da aplicação imparcial do direito, não da política. Como definiu de forma precisa Fabiana Luci de Oliveira, é da separação da política que o direito e a Justiça retiram o seu poder:

O Supremo situa-se na fronteira entre o campo da política e o campo profissional do Direito. Segundo definição de Bourdieu (1990), os campos são locus onde se travam lutas concorrenciais entre atores em torno de interesses específicos que caracterizam a área em questão. (...)

A hipótese geral com que se trabalha aqui é a de que a identidade desses profissionais (Ministros do STF) se dá justamente em oposição ao campo da política, pois é ao se diferenciarem dos políticos convencionais que os ministros do Supremo pleiteiam para si a ampliação dos seus poderes políticos, reivindicando a posição de atores mais legítimos para decidir imparcialmente sobre o destino político, econômico e social do país.³³

Ou seja, a ênfase que este trabalho irá dar a perspectivas que consideram o direito e a política como dois universos integrados e simbióticos não decorre de um desdém pelo direito ou pelos códigos jurídicos de uma maneira geral. Ao contrário. A proposta é preencher uma lacuna que só existe porque os operadores do direito, via de regra ávidos por se legitimarem, enfatizam a separação entre os dois mundos para além do limite razoável. Barry Friedman identifica exatamente esse ponto, quando sugere que ainda precisamos de uma teoria que integre o direito e a política sem deixar de aderir a compromissos normativos acerca do Estado de Direito tão caros a nossa sociedade.³⁴

Feita a ressalva, podemos analisar o modelo que se contrapõe ao apresentado anteriormente, cuja nota distintiva é não vislumbrar espaço para autonomia do direito em “*relação à política e aos fenômenos sociais em geral*”.³⁵ Na sistematização de Barroso, três “escolas” patilhariam desse ceticismo em relação a autonomia do direito: o realismo

³³ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *STF. Do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012. p. 78.

³⁴ FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. Op. cit., “If, as legal scholars increasingly are recognizing, law and politics cannot be kept separate, we still need a theory that integrates the two while adhering to normative commitments about the rule of law this society holds dear.” p. 269.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. v.2, n 21, jan./jun. 2012. pp. 29-30.

jurídico, a teoria crítica e as ciências sociais contemporâneas de um modo geral.³⁶ Para eles, o fundamental é analisar o mundo real, como ele é, não como deveria ser. Nesse esforço, rejeitam a objetividade do direito e a imparcialidade da justiça e enxergam as decisões judiciais como refletindo as preferências ideológicas dos juízes que não encontrariam qualquer constrangimento no ordenamento jurídico.³⁷ As normas seriam moldadas e remoldadas ao sabor do objetivo político, e o único constrangimento heterônomo imposto aos juízes e ao judiciário seria a vontade e os interesses de outros atores.³⁸

Para situar essas visões antagônicas historicamente, uma rápida visão da história americana pode ser um bom norte. A separação entre direito e política lá demorou séculos para se consolidar, e como vimos no item anterior, foi parte de um projeto filosófico e cultural impulsionado pelo desenvolvimento da ciência jurídica. Nos primeiros anos após a ratificação da Constituição, eram constantes as propostas de saídas não institucionais, rompimentos com a legalidade e com o Estado de Direito. O *judicial review* e a independência do judiciário foram ameaçados diversas vezes até conseguirem se consolidar. Muitas leituras normativas focadas na distinção entre direito e política negligenciam esse processo, e remetem a consolidação da estrutura de poderes a *Marbury v. Madison*, como se em um golpe de brilhantismo, os Estados Unidos tivessem se moldado. Como ensina Tom Ginsburg,³⁹ admitir um processo lento e gradual, construído nas sombras não tem metade da graça. De fato, heróis, Deuses e até alienígenas⁴⁰ são mais sedutores do que a realidade.

Só quando o direito constitucional e o *judicial review* estavam consolidados surgiu a noção de confronto entre direito e política. Não que antes não existissem disputas. Simplesmente não se cogitava delas nesses termos. Em tempos anteriores, o direito ainda era filho da política. As primeiras tintas desse embate explícito ocorreram já na década de 30 do século XX, quando em 1937 o Presidente dos Estados Unidos tentou subjugar a Suprema Corte no conhecido *court-packing plan*. Como ensina Barry Friedman:

In the aftermath of Roosevelt's attempt to pack the Supreme Court, legal scholars logically might have begun to work through how law and politics are – or

³⁶ Idem.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”, Op. Cit, pp. 29-30.

³⁸ Essa é a proposta do neoinstitucionalismo, como veremos no próximo item.

³⁹ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press, 2003.

⁴⁰ A referência aqui é ao personagem Spock, invocado por Baum e já mencionado neste trabalho.

should be – integrated. Constitutional law proceeded to change rapidly after 1937, and it did so in the minds of many precisely because of actions taken in the political world. Indeed, this process of constitutional change forged in the crucible of politics is precisely what gave birth to the positive study of judicial behavior.⁴¹

A mudança brusca da jurisprudência da Suprema Corte após as nomeações feitas por Roosevelt, infirmo precedentes que haviam sido recentemente estabelecidos, demonstrou que existia algo ali além do direito.⁴² Desde então, a doutrina americana alterna momentos de defesa do *judicial review*, ou de contestação, conforme a Suprema Corte decida a favor ou contra a agenda política com a qual o analista tenha afinidade. Basta dizer que, à luz do momento atual, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos tem sistematicamente decidido de forma contrária aos interesses da esquerda americana, acadêmicos simpáticos a essa posição política começaram a criticar de forma áspera o *judicial review*.⁴³ Admite-se essa influência nítida da ideologia sem prejuízo para a qualidade das discussões acadêmicas. Ao contrário, muitos trabalhos que nascem a partir de afinidades políticas terminam por se consolidar como grandes obras de direito constitucional. São os ciclos da teoria constitucional.⁴⁴

Essa realidade de que há mais nas decisões judiciais do que direito vem se impondo também no Brasil, pois a maturidade do direito constitucional e a ascensão institucional do Supremo Tribunal Federal, que culminou no julgamento da AP 470, o chamado “Mensalão”, expõem cada vez mais os limites entre o direito e a política. A intensa cobertura dos jornalistas, que normalmente não possuem formação acadêmica, só serve para acentuar ainda mais esse processo.⁴⁵

⁴¹ FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. Op. cit. p. 266.

⁴² FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. Op. cit p. 273

⁴³ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

⁴⁴ FRIEDMAN, Barry. *The Cycles of Constitutional Theory* (Disponível em <http://www.law.duke.edu/journals/lcp>) Barry Friedman não apenas admite que muitos trabalhos acadêmicos são extremamente influenciados por momentos políticos, como descarta qualquer vício ou problema que poderia decorrer desse fato: “Consider some of the grand theory that followed on the heels of the Warren Court. The authors whose works are discussed all are progressive, and all undoubtedly saw something to admire in the Warren Court. But they all have something else in common: they wrote their greatest works after the Warren Court was over. What distinguishes these works is their increasing distance from the Warren Court, and a generally more embedded conservative court. In other words, the agenda these authors favored was, as each wrote, receding further into the past. It is thus possible, in this deeply admirable body of theoretical work, to see the influence of rising despair among progressives about judicial review. (...) The Warren Court ended in 1968, and John Hart Ely took up the cudgels in its defense. (...) Although undeniably shaped by his own reaction to current constitutional politics, Ely’s work can only with difficulty be called anything other than a most serious piece of intellectual thought ”.

⁴⁵ O título de uma das matérias da revista Época de 26 de novembro de 2012, por exemplo, dizia: “Joaquim Barbosa. O novo presidente do Supremo terá agora de aprender a fazer política”.

Em linhas gerais, essas duas concepções sobre a relação entre o direito e a política não são propriamente antagônicas, mas partem de premissas metodológicas diversas. Como já foi mencionado, aqueles que enfatizam a separação entre o direito e a política estão preocupados em formular teorias normativas, ou do “dever-ser”. De fato, o direito deve buscar sempre se distanciar da política, sob pena de perder a sua legitimidade como um conhecimento e uma atividade distinta daquela. Esse é o seu norte. Por outro lado, os cientistas sociais e os adeptos do realismo jurídico analisam essa dinâmica a partir de uma perspectiva descritiva, ou como elas de fato são, o que contribui para resolver algumas questões que as teorias normativas não são capazes de identificar. O marco teórico deste trabalho se insere justamente nesse cenário eminentemente descritivo, sem contudo, cometer o erro crucial dos adeptos dessa perspectiva, que é a incapacidade de levar o direito e as instituições jurídicas a sério. Como bem coloca Friedman, *“law is unique in its own ways, and positive scholars shortchange their own work when they fail to see or acknowledge this.”*⁴⁶

Mesmo a luz dessas diferenças, há um ponto partilhado tanto pela perspectiva normativa quanto pela descritiva: pelo menos na teoria, quando juízes atuam, eles precisam levar em consideração os demais poderes. Seja pelo ângulo da separação de poderes (normativo), seja à luz do institucionalismo estratégico (descritivo), todos concordam que o legislativo e o executivo são forças que não podem ser desprezadas.⁴⁷ Justamente por representar o ponto de encontro entre as duas abordagens, veremos no próximo item que o institucionalismo estratégico será parte do nosso marco teórico.

Por ora, o importante é perceber, como faz Barroso, que o judiciário deve pretender ser autônomo, mas essa autonomia será sempre relativa. Sua síntese é lapidar:

O modelo real, como não é difícil de intuir, terá uma dose razoável de cada uma das visões extremas descritas acima. O direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. A realidade, contudo, revela que essa autonomia será sempre relativa. Existem razões institucionais, funcionais e humanas para que seja assim. Decisões judiciais, com frequência, refletirão fatores extrajudiciais. Dentre eles incluem-se os valores pessoais e ideológicos do juiz, assim como outros elementos de natureza política e institucional. Por longo tempo, a teoria do direito procurou negar esse fato, a despeito das muitas evidências. Pois bem:

⁴⁶ FRIEDMAN, Barry. FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. Op. cit p.262.

⁴⁷ FRIEDMAN, Barry. FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. Op. cit p. 308. “The Judiciary does not stand alone. It is part of a three-branch system often described as one of separated powers but deliberately designed so that power would check power. For this reason, normative and positive scholars both agree that, at least in theory, when judges act, they must do so cognizant of the other branches of government. Here, however, the similarity between the two approaches ends.

a energia despendida na construção de um muro de separação entre o direito e a política deve voltar-se agora para outra empreitada. Cuida-se de entender melhor os mecanismos dessa relação intensa e inevitável, com o propósito relevante de preservar, no que é essencial, a especificidade e, sobretudo, a integridade do direito.⁴⁸

1.3 “Judicial Politics”. Modelos “legalista”, atitudinal, institucional e estratégico

A interação entre o direito e a política acarreta admitir que fatores extrajurídicos influenciem o processo decisório judicial, o que nos leva a indagar quais seriam esses fatores. Nesse ponto, os modelos existentes são geralmente classificados em atitudinal, legal e institucional estratégico, e se diferenciam pela ênfase que dão a uma ou outra das diversas influências que veremos a seguir.

O modelo legal propõe que o único ou principal limite ao processo decisório judicial é a lei, entendida em sentido amplo, como o conjunto de normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico. Ou seja, os juízes decidem, ou deveriam decidir, vinculados exclusivamente ao direito. Esse modelo é a base das teorias normativas, que assumem que o direito pauta a atuação judicial e que o juiz está preocupado apenas em fazer a melhor “lei” possível. Em face do caso concreto, ele analisa o ordenamento jurídico, os princípios constitucionais e as regras aplicáveis e constrói o melhor direito a partir desses códigos, sem considerar nenhum outro elemento. Seria o modelo de atuação judicial “puro”, isolado de elementos extrajurídicos, em que o juiz imaginado por Dworkin estaria livre de outras considerações para se concentrar nas questões morais relevantes.⁴⁹

A atuação com base no modelo legal deve realmente ser o objetivo de todos os juízes na medida em que é uma das premissas das teorias normativas. Além disso, há pesquisas empíricas, como as realizadas por Knight e Epstein⁵⁰, em estudo de 1996, e por Spriggs e Hansford⁵¹, em estudo de 2001, que confirmam que os juízes de fato são deferentes à lei, inclusive na Suprema Corte, mas que essa deferência cresce na medida em que se desce na hierarquia judicial (os juízes da 1ª instância são mais fortemente constrangidos pelas leis do que magistrados de 2ª instância, por exemplo, para os quais a

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Op. Cit., pp. 29-30.

⁴⁹ FRIEDMAN, Barry. FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. Op. cit., p. 260.

⁵⁰ KNIGHT, J. e EPSTEIN, L. “The norm of stare decisis”. *American Journal of Political Science*, 40, 1996. pp. 1018-1035.

⁵¹ SPRIGGS, J. F., II e HANSFORD, T. G. Explaining the overruling of U.S. Supreme Court precedent. *Journal of Politics*, 63 (4): 1091-111. 2001

lei é menos determinante). Esse resultado é compatível com a percepção geral de que o direito fica mais permeável à política quanto mais se aproxima da Constituição e do STF.⁵² Parece-nos, portanto, que admitir que em processos perante o STF haja mais do que a simples aderência ao direito não é tão problemático.

O modelo legalista teve o seu apogeu – nos Estados Unidos – entre o fim do século XIX e a década de 1920. Nesse período, a Suprema Corte dos Estados Unidos construiu teorias para proteger a propriedade privada, a liberdade de contratar dentre outras figuras jurídicas. Mas, no momento seguinte, como dissemos acima,⁵³ a Corte se colocou de forma anacrônica aos interesses da população e do Presidente e, depois de pressionada, mudou bruscamente o direito, desconstruindo precedentes e teorias, escancarando a faceta política de sua atuação e gerando, como subproduto, o movimento realista, que iria derrubar a versão pura desse modelo e torná-lo menos incisivo em suas expectativas.⁵⁴

Desse processo, o modelo legalista sobreviveu de forma mitigada. Não mais concebido – ao menos na ciência política – em sua forma pura, a discussão passou a ser qual seria o grau de constrangimento que a lei impõe ao juiz. Afinal, há um consenso entre estudiosos de ciência política que o precedente e a lei exercem influência nas decisões judiciais.⁵⁵ Contudo, como alerta Barry Friedman, influência é diferente de limitação ou constrangimento externo,⁵⁶ e admitir que a lei influencie os juízes é bem diferente de assumi-la como uma limitação à decisão judicial.

De toda sorte, os adeptos do modelo legal rejeitam a concepção oposta a sua, que defende que a lei não exerce nenhum tipo de influência no processo decisório. Trataremos agora desse modelo que se contrapõem ao legal, conhecido como atitudinal.

O modelo atitudinal sugere que os principais determinantes das decisões judiciais são os valores do juiz e sua ideologia. A decisão judicial seria produto exclusivo, ou no

⁵² Podemos demonstrar essa distinção com dois exemplos. A aplicação do Código Civil por um juiz a um contrato entre duas partes é apenas em um grau muito frágil um ato “político”, ao passo que quando o STF define regras para a criação de partidos, esse ato é político em um sentido extremamente forte.

⁵³ Ver o item anterior.

⁵⁴ O realismo jurídico é um movimento doutrinário que se desenvolveu nos EUA com o objetivo de contestar o formalismo jurídico. Busca ser uma ciência empírica do direito, que reconhece que “as normas legais não constituem a base para a decisão judicial, que são, em verdade, condicionadas por emoções (o fator primordial para a decretação da sentença é a personalidade do magistrado e suas convicções pessoais (aspecto psicológico)). (...) Para o realismo norte-americano, a certeza do direito só poderia ser garantida se os juízes possuísem mentes estereotipadas, agindo mecanicamente, sem idiosincrasias.” (Cf. BARRETTO, Vicente de Paulo. Coord. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Ed. Renovar. 2009. Verbete “Realismo Jurídico”. p. 701 e 702.)

⁵⁵ BAUM, Lawrence. *Judges and Their Audiences: A perspective on Judicial Behavior*. Op. cit., p. 9. “legal considerations also play a part, chiefly because judges reach decisions within a legal framework.”

⁵⁶ FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. Op. cit., p. 281. “The problem, however, is that influence is not the same as constraint”.

mínimo preponderante, desses elementos, e o juiz não faria outras considerações de ordem externa no seu processo decisório.

Os atitudinalistas, que também são chamados de “comportamentais”,⁵⁷ argumentam que a lei – ou o conjunto de regras formais – apenas fornece um disfarce para o *judicial policy-making*.⁵⁸ A frase que sintetiza o modelo atitudinal foi proferida por dois de seus principais expoentes, Jeffrey Segal e Harold Spaeth: “*Simply put, Rehnquist votes the way he does because he is extremely conservative; Marshall voted the way he did because he is extremely liberal*”.⁵⁹

Dentre esses valores estariam não apenas ideias políticas substantivas sobre os mais diversos temas (como por exemplo, sobre o aborto ou a legalização de drogas), ,mas também pré-compreensões sobre o próprio papel de um membro de uma Corte Constitucional. Mark Graber é quem ressalta esse ponto, ao demonstrar que dois membros da Suprema Corte americana, Felix Frankfurter e Hugo Black, sujeitos aos mesmos estímulos externos de políticos, advogados e de grupos sociais, se comportavam de forma extremamente diferente no que dizia respeito à invalidação de leis, em função das suas crenças pessoais acerca do papel do Judiciário na relação com os demais poderes.⁶⁰

Esse modelo se disseminou de forma consistente em razão da sua capacidade de antecipar a forma como os juízes vão decidir casos, fazendo essa análise justamente a partir da ideologia e dos valores morais de um juiz. No caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, o modelo demonstrou que conseguia prever mais de 70% dos votos dos seus membros, baseado nas respectivas ideologias. Dessa forma, torna-se virtualmente incontestável a afirmação de que a ideologia e a vontade dos juízes são de fato vetores importantes, e virtualmente todas as análises descritivas levam esse componente em consideração.

Muitos teóricos que costumam diminuir a relevância do modelo atitudinal acabam incorporando suas premissas quando defendem que o processo de indicação e nomeação dos membros da Corte é um poderoso mecanismo de alinhamento do tribunal com o partido do presidente. Subjacente a esse raciocínio está a percepção de que o

⁵⁷ O termo “comportamental” aqui utilizado é uma tradução livre da expressão em inglês Behavioralist model.

⁵⁸ GIBSON, James L. “Judicial Institutions”. In RHODES, R.A.W., BINDER, Sarah A., ROCKMAN, Bert A. *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford University Press 2008 p. 514.

⁵⁹ SEGAL, Jeffrey A. e SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (2002). Cambridge University Press 2002 p. 86.

⁶⁰ GRABER, Mark. A. “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary.” *Studies in American Political Development*. 7. 1993. p.69.

“background” do candidato, assim como suas afinidades ideológicas e políticas, terão influência em seus votos na Corte.

E é justamente essa correlação que costuma ser utilizada para modelar a ideologia e os valores de um juiz, em razão da dificuldade de se conhecer com detalhes as preferências de muitos membros da Suprema Corte - cujas posições políticas antes de serem indicados costumam ser pouco conhecidas, pelo menos em muitos dos assuntos relevantes. Para contornar essa dificuldade, utiliza-se, via de regra, as preferências e posições do presidente responsável pela nomeação como se equivalessem às do indicado. E os teóricos têm obtido bastante sucesso, como dito, a partir dessa aproximação.

No fundo, o modelo atitudinal e a afinidade entre os presidentes e os ministros por eles nomeados se apresentam nos cálculos políticos cotidianos. Essa relação ajuda a explicar, por exemplo, um episódio de confronto do governo brasileiro com o Supremo Tribunal Federal. No contexto do Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, três ministros nomeados por Jânio Quadros e João Goulart, cujas posições políticas se encontravam sensivelmente à esquerda daquela desejada pelo governo militar, foram cassados: Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal.⁶¹

Apesar dos altos índices de acerto nas previsões, esse método não deixa de sofrer duras críticas. A primeira delas discorda que a correlação entre a ideologia dos ministros e do presidente seja perfeita. Talvez o exemplo mais conhecido para ilustrar essa imperfeição seja a nomeação do *Chief Justice* Earl Warren, que liderou a corte alcunhada a partir de seu sobrenome no período mais progressista de toda a sua história. O presidente que o indicou foi o republicano Dwight Eisenhower, cujas posições ideológicas e os valores eram quase opostos aos que viriam a ser defendidos pela Corte, mais afinados com os valores do partido Democrata. Em função disso, inclusive, conta-se que Eisenhower teria dito que a escolha de Warren foi o maior erro de sua vida.⁶²

A crítica a esse modelo se torna ainda mais contundente no contexto institucional brasileiro, por dois motivos. Primeiro, a estrutura política fundada no presidencialismo de coalizão torna muito difícil modelar as posições políticas e afinidades ideológicas do presidente, ao contrário do que acontece nos Estados Unidos, em que, grosso modo, dois grandes partidos dividem o espectro ideológico em apenas dois polos. Além disso, apenas com o recente amadurecimento e consolidação da posição institucional do Supremo, as

⁶¹ COSTA, Emília Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. Op. cit., p. 173.

⁶² LAIN, Corinna Barrett. Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court's role in the Criminal Procedure Revolution, 152 *University of Pennsylvania Law Review*. 2003/2004. pp. 1367-1368.

nomeações passaram a assumir um caráter mais ideológico e até mesmo político. A heterogeneidade dos oito ministros indicados pelo ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva confirma essa percepção.⁶³

A segunda crítica é enunciada pelos adeptos do modelo legal, que não vislumbram métodos empíricos que sejam capazes de distinguir a pura vontade do juiz de um entendimento específico sobre o conteúdo da lei. Ou seja, como eles (os atitudinalistas) podem alegar que é a ideologia que está informando o voto do juiz, e não um entendimento particular e de boa-fé sobre o significado da lei e o que ela exige para o caso concreto?

A outra crítica é feita pelos institucionalistas estratégicos.⁶⁴ Para eles, os atitudinalistas, assim como os legalistas, erram quando assumem que os juízes podem decidir livres de constrangimentos de outras instituições. Para os institucionalistas, não bastaria saber se o juiz decide com base na lei ou na sua própria vontade. Existe um conjunto de instituições que vão desde os demais colegas – em um órgão colegiado – até os demais poderes, que também estão interessados em avançar a sua vontade e, por isso, acabam limitando a vontade dos juízes. Passemos então a esse terceiro modelo de comportamento judicial.

Dentro da rubrica “novos institucionalistas” existem pelo menos três grandes grupos. O primeiro grupo seriam os novos institucionalistas adeptos da teoria do “*rational choice*”, que assume que os atores políticos objetivam maximizar as suas preferências, e analisam as opções de comportamento a partir de um cálculo racional que busca a melhor forma de se comportar para alcançar os objetivos almejados dentro de um cenário institucional específico. Em outras palavras, a teoria da escolha racional propõe que os atores fazem cálculos de custos e benefícios para agir e, por isso, o seu comportamento é tão ou mais influenciado por aspectos institucionais que condicionam esse cálculo do que pela sua preferência ideológica *a priori*.⁶⁵ O segundo grupo seriam os institucionalistas históricos, que concentram seus estudos na análise da evolução histórica de uma instituição, na medida em que suas práticas e preferências são condicionadas por costumes

⁶³ Os oito membros da Corte indicados por Lula foram Cezar Peluso, Menezes Direito, Ayres Britto, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa, e Dias Toffoli.

⁶⁴ A expressão institucionalista estratégico é uma tradução livre da expressão “strategic institutionalists” utilizada pela doutrina em geral. Ver por todos GILLMAN, Howard. CLAYTON, Cornell. “Beyond Judicial Attitudes: Institutional approaches to Supreme Court Decision Making”, In *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Ed. Cornell W. Clayton e Howard Gillman. Chicago: The University of Chicago Press. 1999.

⁶⁵ GILLMAN, Howard. CLAYTON, Cornell. “Beyond Judicial Attitudes: Institutional approaches to Supreme Court Decision Making”, Op. cit., p. 6.

e tradições que não podem ser ignoradas.⁶⁶ Por fim, os institucionalistas sociais ou culturais, que adotam como premissa o condicionamento de nossas preferências ao nosso ambiente sociocultural. A nossa conduta perante as instituições seria moldada por nossas relações íntimas, hereditárias, etc.

Gillman e Clayton informam ainda que há quem defenda que essas perspectivas precisam se integrar, para buscar de que forma diferentes instituições interagem, se empoderando ou se limitando:

In his influential essay calling for a new institutional approach to public law, Rogers Smith expressed the hope that a reconciliation of various institutionalist camps would allow scholars to focus more attention on “different types of structures or institutions that, we hypothesize, constitute and empower political actors and their environments in important ways, endowing actors with specifiable constraints or capabilities, or both” (Smith 1988:90).⁶⁷

Em suma, o neoinstitucionalismo parte de uma suposta vontade da instituição e incorpora a ela o elemento estratégico. Dois dos principais autores sobre a atuação estratégica defendem que os juízes, enquanto atores estratégicos, compreendem a necessidade de considerar as preferências de outros atores, o comportamento que se espera desses outros atores, e o cenário institucional no qual essa interação acontece.⁶⁸ Assim, o modelo institucional estratégico assume que os juízes são seres racionais e muito bem informados, que conhecem as preferências dos demais atores que podem constranger o seu processo decisório (os legisladores, o executivo, a opinião pública e os grupos de interesse), e que, a partir desses elementos, irão decidir as questões jurídicas buscando otimizar suas preferências.

Há muitos incentivos para o judiciário atuar de forma estratégica, seja no plano institucional, seja no plano individual. No plano institucional, a preocupação maior é com a manutenção da sua legitimidade, pois, como veremos ao longo deste trabalho, é a legitimidade (ou o capital institucional) que sustenta o Poder Judiciário. A força do Judiciário depende da sua capacidade de fazer suas decisões serem compreendidas e aceitas pelo maior número possível de pessoas. Em última análise, é impossível para os juízes decidirem de forma absolutamente contrária à sociedade. Alguém imagina um juiz

⁶⁶ GILLMAN, Howard. CLAYTON, Cornell. “Beyond Judicial Attitudes: Institutional approaches to Supreme Court Decision Making”, Op. cit., p. 6

⁶⁷ Ibid., p. 7.

⁶⁸ EPSTEIN, L. e KNIGHT, J. *Toward a strategic revolution in judicial politics: A look back, a look ahead*. Political Research Quarterly, 53 (3): 625-61, 2000. In verbis: “(1) as social actors make choices in order to achieve certain goals; (2) social actors act strategically in the sense that their choices depend on their expectations about the choices of other actors; and (3) these choices are structured by the institutional setting in which they are made.” ver também, EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington: CQ Press, 1998.

proibindo a segregação de judeus na Alemanha nazista? Essa decisão simplesmente não seria cumprida, ou, no mínimo, sofreria a possibilidade de reversão pelos demais poderes.

Justamente em função dessa necessidade de proteger a sua popularidade ou seu apoio difuso, o Judiciário precisa atuar sempre de forma estratégica no plano institucional, como se estivesse em um jogo de xadrez.⁶⁹ Com um objetivo claro, saberá avançar ou recuar buscando sempre maximizar os resultados pretendidos. Muitas vezes os juízes abrirão mão de decidir da forma como entendem ser a melhor para o caso específico (seja com base em ideologia ou com base no melhor entendimento da lei) a partir de um cálculo consequentialista – ou pragmático – que lhes garanta um resultado mais favorável no futuro. Ou seja, o modelo institucional estratégico propõe que o juiz ou a corte considere as diversas alternativas e opte por aquela que irá avançar mais seu entendimento ou ideologia, não naquele caso específico, mas considerando o todo.

O modelo institucional estratégico pode ser analisado em conjunto com a perspectiva atitudinal. Peretti por exemplo, construiu sua defesa de uma Suprema Corte política a partir de um modelo atitudinal estratégico, cuja pergunta a ser respondida é a seguinte: “Como um juiz deve atuar estrategicamente para avançar a sua ideologia o máximo possível?”⁷⁰ O comportamento estratégico de um juiz ou tribunal demandará que ele considere as posições preferidas pelos demais atores institucionais. Se mantiver sua decisão dentro de um espectro que, ainda que não agrada, mantenha os custos de modificação por parte das demais instituições maiores do que os prejuízos causados a elas, então a decisão será mantida.

Podemos imaginar um exemplo ilustrativo. No tema “legalização de drogas”, as posições de quatro atores institucionais são as seguintes: para o Tribunal, a preferência média de seus membros, ou seja, a decisão ótima é a legalização apenas da maconha; para o presidente, a decisão ótima é a legalização de todas as drogas. A Câmara dos Deputados concorda com a posição ótima do Tribunal, e o Senado Federal é contrário à legalização de qualquer droga. Assumindo para nosso exemplo fictício o arranjo institucional da Constituição de 1988, a Corte poderá adotar a sua posição ótima, porque o procedimento necessário para a reversão de sua decisão (uma emenda constitucional, por exemplo) dependeria de atores que estão satisfeitos com a sua decisão. Mas se, nesse mesmo

⁶⁹ BAUM, Lawrence. *Judges and their Audiences. A perspective on judicial behavior*. Op. cit., p. 6.

⁷⁰ PERETTI, Terri. *In Defense of a Political Court*. Princeton University Press. 1999. pos. 375. (Versão para Kindle)

exemplo, tanto o Presidente quanto a Câmara quanto o Senado forem contrários à legalização, uma eventual decisão nesse sentido poderia expor a Corte à reversão de sua decisão.

No plano individual, os juízes – principalmente os que atuam em Cortes – precisam considerar a expectativa dos seus pares. Em Cortes divididas, muitas vezes o Presidente da mesma deixa de escolher o seu resultado preferido para se juntar à maioria e, redigindo a decisão, ter maior controle sobre seus termos. Além disso, aspectos como a expectativa de ser promovido também informam uma atuação estratégica. Juízes deixam de decidir casos da forma como consideram a melhor (seja do ponto de vista da aplicação da lei ou do ponto de vista da ideologia) para demonstrar alinhamento com os juízes de instâncias superiores. Em suma, o comportamento institucional estratégico é aquele que mais se aproxima do verdadeiro comportamento judicial, na medida em que, em maior ou menor grau, considera os outros dois modelos (o legal e o atitudinal) sem deixar de se integrar a outras perspectivas neoinstitucionalistas.

Nossa perspectiva será, nesse trabalho, o institucionalismo estratégico. Ou seja, tomaremos a vontade do Judiciário, enquanto instituição e a perspectiva, é de que os contornos das instituições judiciais precisam ser reconhecidos e situados em função das preferências dos demais atores políticos e constitucionais, como o presidente, o legislador, os grupos de interesse, a opinião pública, etc.

1.4 A dificuldade contramajoritária em perspectiva. A função contramajoritária vs. o resultado contramajoritário

Há uma outra questão relevante que precisa ser enfrentada. Há quem defenda que o fato de juízes não eleitos serem capazes de decidir se uma lei é ou não válida é por si só contramajoritário, independente do resultado produzido. Nesse sentido, as instituições podem ser qualificadas como majoritárias ou contramajoritárias pelo seu pedigree de responsabilidade aos eleitores. O Congresso Nacional brasileiro e o presidente seriam instituições majoritárias por excelência, ainda que produzam políticas públicas que, em alguns casos, contrariem a vontade da maioria. O Judiciário seria o oposto. O simples fato

de potencialmente exercer o controle de constitucionalidade já o torna essencialmente contramajoritário, ainda que na prática realize políticas majoritárias.⁷¹

Quanto à performance contramajoritária, ela se distingue da função contramajoritária na medida em que se admite que nem toda decisão de inconstitucionalidade é necessariamente contramajoritária.⁷² Trata-se de análise empírica que não admite pré-compreensões simplificadoras, como a clássica dicotomia “lei-maioria v. decisão judicial-contramajoritária”. Veremos, ao propor critérios de classificações das decisões, que os conceitos majoritário/contramajoritário sequer podem ser reduzidos a essas duas figuras, e para serem mais fieis à realidade, precisam ser avaliados em graus de majoritariedade ou contramajoritariedade.

No plano descritivo, nenhuma instituição é *ex ante*, majoritária ou contramajoritária. São os resultados produzidos que importam. E é essa a perspectiva que adotaremos. Como foi dito, nosso marco teórico será o neoinstitucionalismo estratégico, com a preocupação em entender as reais dinâmicas por trás da separação de poderes, sem fazer considerações normativas. Em outras palavras, é o resultado majoritário ou contramajoritário que interessa.

1.5 A incapacidade institucional para ser contramajoritário

A análise da incapacidade institucional para ser contramajoritário,⁷³ ou seja, o estudo dos limites do poder judicial começa mecanismos institucionais de limitação do Poder Judiciário. Se no plano empírico os limites à atuação contramajoritária do Judiciário são, como veremos, evidentes, também no plano teórico é possível confirmar que o judiciário foi pensado para flutuar entre a independência e a responsividade em relação aos demais poderes, que, em última análise, terão sempre a capacidade de conformar a vontade das Cortes à sua.

Começaremos pelas “teorias dos diálogos institucionais”, que enfatizam a superação legislativa como forma de evitar que as cortes desviem muito da expectativa

⁷¹ GRABER, Mark. *The Countermajoritarian Difficulty: From Courts to Congress to Constitutional Order*. 4 Annual Review of Law and Social Science 361 (2008).

⁷² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição.*, op. Cit, p. 208.

⁷³ FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review”. Op. cit., p. 308. “Positive scholars have long doubted the descriptive accuracy of both normative stories about judicial review, largely because they doubt the premise that judges have the capacity to interfere regularly with the work of the other branches”.

dos poderes políticos. Segundo Rodrigo Brandão, inclusive, a superação legislativa seria um dos instrumentos de maior potencial, ao menos *prima facie*, por dois motivos. Primeiro, por sua capacidade de induzir um diálogo construtivo entre os poderes, e segundo porque a superação legislativa ataca a decisão cujo resultado tenha desagradado os atores políticos, enquanto os demais mecanismos atingem o Judiciário, mas não provocam nenhum efeito na decisão em si. Servem apenas como um intimidador reflexo.⁷⁴

Elas podem ser analisadas em dois planos: no plano legal e no constitucional. No nível legal, ou estatutário, o mecanismo de limitação do Judiciário que costuma ser enfatizado pelos estudiosos é a superação ou correção legislativa, que consiste na aprovação de uma lei superadora do precedente. Muitos autores trataram do tema e há relativo consenso de que a superação legislativa de um precedente é um mecanismo relativamente simples de limitação das Cortes,⁷⁵ bastando para tanto a maioria para a aprovação da lei e a não objeção do presidente. Justamente por isso, os estudos indicam que os juízes atuam conscientes dessa possibilidade, antecipando possíveis reações legislativas e conformando a sua atuação para evitar essa superação.⁷⁶ Friedman deixa claro esse ponto, e defende que *“Scholars argue that the Court is aware of this possibility of congressional override and tempers its statutory rulings accordingly. Stated differently,*

⁷⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição* Op. Cit., p. 248.

⁷⁵ Há quem discorde disso. Como dissemos anteriormente, os atitudinalistas entendem que o principal constrangimento dos juízes é a sua ideologia, e não outras instituições. Por isso, alguns atitudinalistas duvidam dessa capacidade institucional de outros agentes limitarem a atuação do Judiciário, ou pelo menos questionam a relevância prática desse mecanismo que, segundo eles, seria raramente utilizado. FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review.” *Texas Law Review*. Volume 84, n. 2, Dezembro 2005, p. 312-3.

⁷⁶ ROGERS, James R. “Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Executive Interaction.” *American Journal of Political Science* 45. 2001 pp. 96-97. “After the Court makes its decision in Period 2, the Legislature has an opportunity in Period 3 to discipline the Court and reenact the disputed legislation.”⁹ Congress has several constitutionally permissible means to discipline the Court. “Congress can impeach justices, tinker with their pensions, refuse to increase judicial salaries to keep pace with inflation, enlarge the size of the Court, arbitrarily add to the Court's workload, leave lower court vacancies unfilled, fiddle with federal jurisdiction, and so forth” (Eskridge and Ferejohn 1994, 1367; cf. Epstein and Knight 1998, 15, 142-144). (...)

What this further demonstrates is that the conjecture that courts are solely politically motivated (cf., Segal and Spaeth 1993) and that they always vote sincerely is not an equilibrium outcome. If the Court is a single-minded pursuer of its political preferences ($r = 0$), then the Court must act strategically in voting to sustain policies it disagrees with on every bill which the Legislature is relatively sure ($q > 0.5$) is constitutional. Thus, while the model does show that the Court is unconstrained by strategic considerations in a robust number of cases, it also suggests that the Court is constrained by strategic considerations in a robust number of cases.²⁴ To avoid discipline, the Court must have convergent preferences with some positive probability, or when the Court's preferences diverge from the Legislature's, the divergent Court must behave strategically and exercise judicial restraint some of the time, affirming the challenged law even when it opposes the substantive policy. Several recent studies confirm this theoretical point by providing systematic empirical evidence of strategic judicial behavior in constitutional cases. This claim is also consistent with the conclusions of a number of more interpretive studies”.

*the claim is that when interpreting statutes, the Supreme Court is constrained by other branches.”*⁷⁷

Eskridge Jr. estudou o tema na experiência americana entre 1967 e 1990 e concluiu que as superações legislativas são frequentes e que atores como o governo federal, por exemplo, tem alta taxa de reversão dos precedentes do Judiciário que não se conformam com a sua expectativa.⁷⁸

Se a principal vantagem da superação legislativa é a sua relativa facilidade, o mesmo mecanismo não demonstra ser tão viável no que concerne à interação institucional no plano constitucional. Pelo menos não nos Estados Unidos, em que as emendas constitucionais exigem supermaiorias raramente alcançadas. No Brasil, a questão é razoavelmente mais simples na medida em que as emendas constitucionais são parte do processo político ordinário.⁷⁹

Mas ainda que no Brasil a superação de precedentes judiciais fosse tão difícil como nos EUA, o fato é que continuam existindo muitos outros mecanismos distintos da emenda constitucional ou da lei corretiva para limitar a atuação das Cortes. Como colocou Friedman *“Although amending the Constitution is difficult, the political branches retain a broad arsenal of weapons to use against a troublesome judiciary.”*⁸⁰ Quais são esses outros mecanismos a disposição do legislativo e do executivo para limitar o Judiciário?

Terri Peretti apresenta a lista de mecanismos formais e informais existentes para controlar o Judiciário. Os mecanismos formais são aqueles derivados diretamente da Constituição, enquanto os informais decorrem da estrutura de freios e contrapesos e da separação de poderes. Na primeira categoria, Peretti enquadra o processo de nomeação de membros da Suprema Corte, o *impeachment*, a diminuição das competências e da jurisdição, a diminuição do número de juízes, propostas de emendas constitucionais corretiva, o controle do orçamento das Cortes, e o controle do aumento do salário dos juízes (já que não é possível reduzi-lo).⁸¹ Justamente por derivarem expressamente do

⁷⁷ ROGERS, James R. “Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Executive Interaction.” Op. Cit., p. 312.

⁷⁸ ESKRIDGE Jr., William N. “Overriding Supreme Court statutory decisions”. *Yale Law Journal*, v. 101, n. 2, pp. 331-455, 1991.

⁷⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição.* Op. Cit, pp. 282-285.

⁸⁰ FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review.” Op. Cit. p. 312.

⁸¹ PERETTI, Terri. *In Defense of a Political Court.* Princeton University Press. 1999. pos. 1702. (Versão para Kindle)

texto da Constituição dos EUA, essa lista costuma ser reproduzida pela grande maioria dos autores que tratam do assunto, tais como Friedman,⁸² e Mark Miller.⁸³

Ainda que se argumente que o Judiciário é capaz de superar os eventuais ataques do legislativo com seu poder de declarar inconstitucionais atos desse poder que afrontem a independência judicial (por exemplo, que tentem retirar a vitaliciedade ou reduzir os salários), Ferejohn destaca que existem formas do legislativo atuar que são insuscetíveis de correção judicial, tais como o *impeachment* de juízes e o não reajuste por lei do salário dos juízes (o que, à luz da inflação, equivale a reduzir em termos reais esse vencimento). Sobre esses exemplos, ele destaca que: “*neither of these actions would be subject to any external review or check*”.⁸⁴

Para Ferejohn, ainda que não existisse nenhum outro mecanismo para disciplinar os juízes, o *impeachment* continuaria sendo cabível, na medida em que se trata de um procedimento político e nada impede a sua utilização senão um costume estabelecido na experiência americana a partir de alguns poucos precedentes. Costume esse que foi criado justamente porque se entendeu que a independência judicial era interessante para os demais atores políticos. Ou seja, Ferejohn entende que, se o Judiciário atuar de forma conflituosa a ponto de a independência judicial deixar de ser interessante para esses atores, não existem limitações formais para que o *impeachment* volte a ser utilizado para constranger a atuação dos juízes:

Congress could choose to redefine what constitutes an impeachable offense to include actions taken on the bench in good faith. It is hard to see that the Constitution or the Supreme Court could offer any real resistance to such efforts...⁸⁵

⁸² “Judges may be impeached, jurisdiction may be stripped, courts may be packed, and judicial budgets may be cut.” FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review.” p. 313-4.

⁸³ MILLER, Mark C. The view of the courts from the hill: a neo-institutional perspective. In: MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). *Making Policy, Making Law: an interbranch perspective*. Washington DC: Georgetown University Press, 2004. pp. 53-72.

⁸⁴ “But why would textual provisions in the Constitution—which are mere “parchment barriers” in Madison’s words—be effective in protecting judges? One answer is that courts could overturn any congressional attempt to violate lifetime tenure or to lower judicial salaries. But suppose Congress lowered the bar to impeachment—a bar which it sets implicitly by impeaching and convicting judges from time to time—or suppose that it took advantage of periodic periods of inflation to permit the reduction of real judicial salaries. What would or could be done about “infringements” of this sort? As far as I can tell, neither of these actions would be subject to any external review or check.” FEREJOHN, John. “Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence,” Op. cit., p. 356.

⁸⁵ “Additionally, constitutional protections afforded to individual judges remain dependent on a congressional willingness to maintain a relatively high barrier for impeachment. As the early assaults on federal judges showed, this willingness can be tenuous under certain political circumstances. Congress could choose to redefine what constitutes an impeachable offense to include actions taken on the bench in good faith. It is hard to see that the Constitution or the Supreme Court could offer any real resistance to such efforts—particularly in the political circumstances in which they are likely to occur—and it is even more difficult to see how the “precedent” established in the failure of the attempt to convict Justice Chase can have any restraining effect on future congressional impeachments. It is true that judicial impeachments

Para além desses mecanismos que fluem diretamente do texto constitucional americano, Peretti enfatiza dois mecanismos que limitam a atuação das cortes que decorrem de características da Jurisdição e por isso são chamados de “informais”: a inércia e a falta de autoexecutoriedade das decisões judiciais.

Segundo a autora, um juiz (ou, na nossa análise, uma Corte) interessado em avançar uma agenda política ou em implementar a sua política pública preferida esbarra em um elemento da jurisdição que decorre da separação de poderes: a inércia do Judiciário, ou seja, a sua incapacidade de escolher, de ofício, as questões que irá decidir. A possibilidade de decidir uma questão não judicializada não existe, o que torna as cortes dependente dos eventuais litigantes, como destacou Peretti:

Because of the nature of the judicial process and the system of separation of powers, the Court lacks the ability to initiate (...) its own policy decisions. This operates as a powerful constraint. The Court cannot simply create a new policy whenever the mood strikes (...)

As is often noted, the Court is not “self-starting.” It can only make policy decisions in the context of lawsuits, which do not simply “arrive at the Supreme Court’s doorstep(...).” Rather, cases must be brought by others – private individuals and, more typically, interest groups.⁸⁶

Essa dependência também se aplica ao conteúdo das questões apresentadas à Corte, que influenciam a forma como ela decide o caso. A maneira como as questões jurídicas são colocadas perante a Corte limitam as suas possibilidades argumentativas e também atuam como um mecanismo de conformação da vontade do Judiciário. Ou seja, o princípio da demanda serve para manter o Judiciário dentro dos limites do pedido e da argumentação apresentada pelas partes. Dois argumentos costumam ser lembrados para temperar a importância dessas limitações: a alegação de que todas as principais questões são judicializadas e o fato de que, pelo menos nos EUA e no Brasil, as Cortes tem controle da sua pauta e escolhem as questões a serem decididas.⁸⁷

historically have been relatively rare and remain so today. However, the low frequency of impeachment should not be seen as evidence of the security of constitutional protection, because this may be due as much to judges’ reluctance to make politically controversial decisions as to any display of congressional virtue.

The only real barriers to the frequent resort to impeachment are, therefore, political. At least in politically controversial cases, impeachment, with whatever due process requirements Congress chooses to impose on itself, remains a cumbersome, costly, and visible process that exposes congressmen to electoral danger and distracts them from more politically attractive activities. Idem..

⁸⁶ PERETTI, T. In Defense of a Political Court. Op. Cit., pos. 1766.

⁸⁷ “central to positive scholarship is the notion that the Justices are strategic in using their almost unlimited control over their docket to manage their agenda along ideological terms. (...) It apparently is the case that the Justices know what they are looking for and simply search for the right vehicle in which to pronounce their judgment. It also seems to be the case that agenda setting is at least partly ideological, and that the

A discricionariedade em relação à pauta é realmente um poder relevante e pouco explorado pela doutrina⁸⁸. Mas essa capacidade de escolher os temas a serem decididos continua limitada ao conjunto total de questões apresentadas ao Judiciário e à forma como elas são enquadradas pelos litigantes. Além disso, os poucos estudos sobre as cortes e suas agendas indicam que essa discricionariedade é menor do que se imagina, já que os grupos de interesse e o executivo acabam exercendo uma enorme influência nas questões que são decididas, seja por apresentar múltiplas demandas sobre um mesmo tema, seja por pressionar com lobby, etc⁸⁹. Em resumo, a inércia característica do Judiciário limita a sua capacidade de alcançar a sua política pública preferida e pode ser utilizada como um mecanismo de contenção desse poder.

O fundamental aqui é perceber que a existência dessa multiplicidade de formas de disciplinar as cortes deveria ser suficiente para evidenciar os limites do poder judicial. Como muitos autores ressaltaram, o fato de muitos desses mecanismos não serem utilizados cotidianamente decorre menos de o Judiciário estar acima deles e mais do fato de que sua atuação, em regra, é benéfica aos interesses dos atores políticos e constitucionais. A realidade institucional é, portanto, de um judiciário dependente do executivo, do legislativo, dos grupos de interesse e da opinião pública, ou seja, as cortes enquanto instituições são inteiramente dependentes da política, ainda que os juízes, singularmente considerados, gozem de mais independência. A dependência do Judiciário da política é distinta da independência do juiz singular, criada a partir de diversas garantias concedidas, em geral, constitucionalmente. Quem chama atenção para essa dualidade é Ferejohn, argumentando, inclusive, que tipicamente o modelo é de juízes independentes e um Judiciário dependente,⁹⁰ no qual o Judiciário tem a sua estrutura

ideological majority on the Court will grant review of the matters they wish to pursue. This agenda setting accounts for the direction of constitutional law, just as the opinions themselves account for its substance.” FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review.” Op. cit., p. 294.

⁸⁸ “... for the most part, normative scholars dwell on the cases the Court does hear and entirely neglect how the agenda itself is set.” FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review.”, op. Cit., pp. 294-295.

⁸⁹ “[The court] is dependent upon the existence of parties, primarily interest groups, who wish to initiate and are capable of sponsoring appropriate litigation. In other words, the [court] can pursue [its] policy goals only in the context of, and is therefore constrained to that degree by, interest group demands and support. (...) A number of case studies strongly suggest that group sponsorship increases the likelihood of success on the merits at the appellate level (...) [The court] cannot simply announce [its] preferred policy position at will. (...) Both interest groups and the solicitor general play a significant role in the agenda-setting stage and thus shape and constrain the efforts of the policy-motivated [court].” PERETTI, T. *In Defense of a Political Court*. Op. cit., pos. 1766-1796-1804.

⁹⁰ FERREJOHN, J. “Independent Judges, Dependent Judiciary”. Op. cit., p. 363. This system of independent judges within a dependent judiciary, whatever its merits, creates certain kinds of characteristic tensions within the constitutional order. For example, individual judges are quite free to decide cases without fear of negative personal consequences, even if the predictable result of such decisions is quite negative for the judiciary as a whole, and indeed, for the exercise of the judicial power. In a sense, politically controversial

hierárquica moldada para garantir que a independência dos juízes singulares se dilua nos compromissos que surgem naturalmente em decisões colegiadas – de 2º grau ou nos Tribunais Superiores.

Não bastassem os diversos mecanismos existentes para limitar o poder Judiciário, há uma dificuldade inerente a esse poder que – mesmo que nenhuma daquelas medidas seja efetivada - o torna essencialmente dependente dos demais: a falta de autoexecutoriedade das decisões judiciais.⁹¹ Problema que existe em alguma medida na execução de qualquer decisão judicial, mas que se amplifica exponencialmente no exercício do *judicial review* ou de decisões que, mesmo no controle incidental, devam ser aplicadas à totalidade de um país, por exemplo. Peretti identifica essa questão como um mecanismo informal de controle das cortes, ressaltando que as Cortes não possuem instrumentos para executar as suas decisões, cujo cumprimento se dá de duas formas: voluntariamente por aqueles a quem a decisão é direcionada; ou, na ausência de cumprimento voluntário, com a ajuda do executivo e/ou legislativo, que controlam os recursos necessários para implementar coercitivamente essas decisões, respectivamente, a força (polícia e exército) e o dinheiro (orçamento).⁹²

Gerald Rosenberg, no livro que se tornou referência sobre o tema, *“The Hollow Hope: can courts bring about social change?”*, tratou extensamente dessa incapacidade do Judiciário de transformar a realidade por conta própria.⁹³

Rosenberg conclui que as Cortes não terão sucesso em alterar a realidade pela falta do que chamou de *“implementation powers”*.⁹⁴ Ou seja, as Cortes *“must depend on the*

decisions – whether they are internally well-justified or not – are collective bads from the point of view of the judiciary. Given the threat to all judges of having irresponsible, incompetent, or adventurous individuals sitting on the bench as judges, it is probably no surprise that the judiciary has found ways to mitigate the damage that any individual judge can do, and to make sure that if a controversial step is to be taken, it is taken with adequate judicial deliberation. (...) Congress has from time to time played an arguably even more important role in restraining the inferior federal courts. In an important sense, the development of appellate hierarchy with collegial courts at the appellate levels can be understood as a strategy to ensure that no single judge can, by her actions alone, inflict too much damage on the judiciary as a whole, by making aberrant or overly courageous judgments. Indeed, the peculiar shape of the supervisory structure in the judicial system – in which the number of judges sitting together increases as one moves up the hierarchy – might also be explicable in these terms.

⁹¹ “another informal check on the Court derives from the fact that its decisions are not self-executing.” PERETTI, T. In *Defense of a Political Court*. Op. Cit., pos. 1804.

⁹² “Because the Court lacks any means of enforcement or implementation, its decisions typically require a large measure of voluntary compliance on the part of the recipients of its orders. The Court further requires the active assistance of other government officials who possess the discretionary power to fund and implement the Court’s decisions.” PERETTI, T. In *Defense of a Political Court*. pos. 1804.

⁹³ ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change*. Chicago: University of Chicago Press. 1991. p. 336.

⁹⁴ Idem.,

actions of others for their decisions to be implemented". E exemplifica de forma a não deixar dúvida sobre o seu ponto:

With civil rights, little changed until the federal government became involved. With women's rights, we still lack a serious government effort, and stereotypes that constrain women's opportunities remain powerful. Similarly, the uneven availability of access to legal abortion demonstrates the point. Where there is local hostility to change, court orders will be ignored. Community pressure, violence or threats of violence, and lack of market response all serve to curtail actions to implement court decisions.⁹⁵

A ferramenta por essência da atuação das Cortes é o papel e a caneta, ou, em outras palavras, seu poder é, sobretudo, argumentativo. Com exceção de algumas poucas realidades que se alteram com meras sentenças declaratórias, as decisões que obrigam a fazer ou deixar de fazer algo dependem sempre de uma execução, que, por excelência, é a ferramenta do Poder Executivo. Assim, se o Judiciário, em litígios entre "A" e "B" já depende do Executivo para fazer cumprir tais decisões, (O melhor exemplo é a requisição de força policial para cumprir despejos, etc) o que dizer de decisões em controle de constitucionalidade cuja abstração e generalidade muitas vezes exige uma implementação em escala nacional?

Ou então, o que é ainda mais difícil, o que dizer quando a decisão contraria os interesses daqueles que, em última análise, são os responsáveis pelo cumprimento da mesma? A doutrina em geral acaba reconhecendo essa dificuldade. Luís Roberto Barroso, por exemplo, não deixa de reconhecer a difícil realidade de seguidos descumprimentos de decisões judiciais,⁹⁶ e Vanberg explora esse ponto concluindo que os atores políticos só terão incentivos para cumprir decisões se elas forem populares ou se a

⁹⁵ ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change*. Op. Cit., pp. 336-337.

⁹⁶ BARROSO, Luis Roberto. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo", op. Cit., pp. 1 - 50. "Tribunais, como os titulares de poder em geral, não gostam de correr o risco de que suas decisões não sejam efetivamente cumpridas. E, portanto, esta é uma avaliação ordinariamente feita por órgãos judiciais, ainda que não seja explicitada. Tribunais não têm tropas nem a chave do cofre. Em muitas situações, precisarão do Executivo, do Congresso ou mesmo da aceitação social para que suas deliberações sejam cumpridas. Há exemplos, em diferentes partes do mundo, de decisões que não se tornaram efetivas. Na Itália, aliás, o primeiro Presidente do Tribunal Constitucional renunciou precisamente por essa razão. Na Alemanha, a decisão no célebre caso do crucifixo foi generalizadamente desrespeitada. Nos Estados Unidos, a dessegregação imposta por *Brown v. Board of Education*, em decisão de 1954, levou mais de uma década para começar a ser efetivamente cumprida. A decisão no caso *Chada* foi ignorada pelo Congresso. No Brasil, há precedentes em que o STF fixou prazo para a atuação do legislador, sem que tivesse sido obedecido. Em tema de intervenção federal, a despeito do manifesto descumprimento por Estados da Federação do dever constitucional de pagar precatórios, a Corte igualmente optou por linha jurisprudencial que não desmoralizasse suas decisões, diante das dificuldades financeiras dos entes estatais. Outro exemplo emblemático, nesse domínio, foi a decisão proferida em 1955, quando da tentativa do Vice-Presidente Café Filho de retornar à presidência". pp. 38-39.

própria Corte Constitucional tiver esse apoio difuso. Um último exemplo ilustra o ponto de forma definitiva.⁹⁷

No contexto americano pós-guerra de secessão, a Suprema Corte avançou o abolicionismo até onde foi capaz. Ou melhor, até onde foi interessante e/ou possível para a coalizão do governo federal. Em 1903, quando a proteção federal já havia se dissipado, o Sul voltou a excluir negros de várias formas. Uma das mais expressivas era a retirada da condição de eleitores dos negros. Essa violação sistemática foi levada à Suprema Corte, que reconheceu, no voto do *Justice Holmes*, de forma assustadoramente franca, a impotência daquele tribunal, que tinha:

[I]ittle practical power to deal with the people of the State in a body. The bill imports that the great mass of the white population intends to keep the blacks from voting. To meet such an intent something more than ordering the plaintiff's name to be inscribed upon the lists of 1902 will be needed. If the conspiracy and the intent exist, a name on a piece of paper [issued by the Court] will not defeat them. Unless we are prepared to supervise the voting in the State by officers of the court, it seems to us that all that the plaintiff could get from equity would be an empty form.⁹⁸

Para além da incapacidade de atuar de forma contramajoritária, há uma outra questão enfatizada pela doutrina: a falta de vontade ou de capacidade psicológica dos juízes de atuarem assim.

1.5.1 Não podem e não querem: o Judiciário visto por dentro

Quando Alexander Hamilton apontou as razões pelas quais o Judiciário seria o departamento menos perigoso, ele enfatizou que lhe faltariam duas qualidades: “*It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment;*”⁹⁹ Quanto à falta de força, nos detivemos nos itens anteriores. Passemos agora à falta de vontade, desviando brevemente do nosso marco teórico, o institucionalismo estratégico, para focar nos juízes enquanto indivíduos.

Ainda que o Judiciário fosse institucionalmente provido de mecanismos para efetivamente atuar contramajoritariamente, ou seja, ainda que pudesse atuar dessa forma,

⁹⁷VANBERG, Georg. *The politics of judicial review in Germany* (political economy of institutions and decisions). 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 167.

⁹⁸ 189 US p. 488. *Apud* in PILDES, Richard H. “Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution?” (2011). New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 251. http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/251. p. 41-42.

⁹⁹ HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers*. n° 78.

há diversos estudos que duvidam dessa capacidade por questões relacionadas à própria natureza humana. Juízes são pessoas, e como ressalta Baum, “*People are complicated*”.¹⁰⁰ Nesse sentido, há que se compreender os juízes de um tribunal constitucional como seres sociais, que existem em uma comunidade, e que, como qualquer outro indivíduo, precisam se sentir queridos e aceitos nos círculos sociais que frequentam. Imaginar que o juiz, ao se deparar com um caso, irá se despir de suas pré-compreensões, de seus anseios, de seus medos e de sua vaidade é esperar demais de um ser humano, é pretendê-lo Hércules ou, pelo menos, Spock.

Baum defende que o círculo de relações sociais da interação diária de um juiz e a comunidade jurídica tem muito mais importância na definição do processo decisório do que abstrações como a “opinião pública” ou o Congresso, ou até instituições concretas como a mídia e grupos de interesse organizados. Os juízes seriam então muito mais influenciados por fatores psicológicos que se moldam a partir da necessidade de ser aceito dentro de uma comunidade – um aspecto inerente ao ser humano - do que por considerações institucionais e altruístas. Nesse raciocínio, Baum se aproxima dos neoinstitucionalistas culturais (ver acima).

O exemplo da segregação racial nos Estados Unidos dos anos 50 e 60 ilustra bem isso. Em 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu o famoso caso *Brown v. Board of Education*,¹⁰¹ em que declarou inconstitucionais leis estaduais que estabeleciam a separação de negros e brancos em escolas públicas. Apesar disso, como já vimos, muitos estados do sul se recusaram a cumprir a decisão, alegando que a Corte Federal estava invadindo a autonomia dos Estados. As populações locais – ao menos nos estados do sul – eram majoritariamente contrárias ao fim da segregação escolar, e a discriminação era chancelada pela doutrina do “*equal but separate*”.¹⁰²

Nesse contexto, os juízes locais foram chamados a dar cumprimento a *Brown*. Contudo, o Judiciário sulista não ofereceu alento aos ativistas dos direitos civis. Para Baum, “*it is clear that many southern district judges offered no more than grudging*

¹⁰⁰ BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: A perspective on Judicial Behavior*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. xi.

¹⁰¹ 347 U.S. 483.

¹⁰² Após a aprovação da Emenda Constitucional abolindo a escravidão, os negros passaram a ser considerados formalmente iguais. Contudo, principalmente nos estados do sul, vigorou até a década de 1960 a política de “iguais, mas separados”, em que os negros eram sistematicamente segregados em escolas, banheiros e ônibus.

*compliance with Brown (Peltason 1971), and litigants with other civil rights claims also encountered considerable resistance in the district courts”.*¹⁰³

Baum pede que se imagine a situação de um juiz cujos amigos e familiares eram visceralmente contrários ao fim da segregação. Este tipo de pressão social, das pessoas mais imediatamente ligadas a eles, com certeza exerceu um peso em suas considerações, já que juízes que contrariassem o sentimento local perderiam honrarias, convites para eventos, etc:¹⁰⁴

A judge who makes rulings adverse to segregation is not likely to be honored by testimonial dinners, or to read flattering editorials in the local press, or to partake of the fellowship at the club. He will no longer be invited to certain homes; former friends will avoid him when they meet on the street.

Ainda no contexto de *Brown*, o juiz da Suprema Corte americana Hugo Black apresentou um exemplo curioso da hostilidade que enfrentou. Original do Alabama, um estado cujas elites eram visceralmente contrárias ao fim da segregação, Black relatou ter sofrido um certo grau de isolamento de amigos e conhecidos em seu estado natal depois que a corte decidiu *Brown*.¹⁰⁵ Segundo ele, uma sobrinha teria ficado quinze anos sem lhe dirigir a palavra. Por outro lado, no norte, em que o apoio a desagregação era maior, os juízes tiveram menos dificuldades em implementar a decisão da Suprema Corte e, quanto aos juízes da Suprema Corte originários desses estados, pode-se imaginar que tenham recebido as devidas congratulações pela decisão.

Tudo isso demonstra que a interação social serve como um grande constrangimento à atuação judicial. Sem dúvida, quando um juiz antecipa a provável perda de amizades, isso o faz, pelo menos, refletir melhor sobre o tema a ser decidido. Afinal, juízes também querem ter amigos.

Claro que nenhuma decisão judicial pode ser orientada única e exclusivamente por considerações de prestígio ou vaidade. Um juiz que decida apenas com o propósito de agradar um grupo ou seus amigos estará cometendo um ato que deve ser rejeitado pelo sistema. Mas não admitir que uma decisão tenha base apenas nisso é diferente de admitir que os juízes, ainda que muitas vezes o façam de forma inconsciente, sempre consideram

¹⁰³ BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: A perspective on Judicial Behavior*. Op. Cit., pp. 90-91.

¹⁰⁴ PELTASON, J. W. 1971. *Fifty-Eight Lonely Men: Southern Federal Judges and School Desegregation*. Urbana: University of Illinois Press. Apud in BAUM, Lawrence, *Judges and their audiences: A perspective on Judicial Behavior*. Op. Cit., p. 91.

¹⁰⁵ BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: A perspective on Judicial Behavior*. Op. Cit. p. 91.

o efeito de suas decisões naqueles com quem convivem. Não se pode ignorar a realidade como ela é, sob pena de modelarmos ideias inatingíveis que levarão, necessariamente, ao fracasso do modelo.

Feita a análise teórica da incapacidade teórica, passemos agora aos exemplos.

1.6 Alguns exemplos dos limites do poder judicial. *Power only with persuasion*¹⁰⁶

1.6.1 Ascensão e queda da Corte Constitucional Russa

A história da Corte Constitucional Russa (CCR) estruturada a partir de duas emendas à Constituição russa, de 1990 e 1991,¹⁰⁷ ilustra perfeitamente os limites do poder judicial. A primeira experiência russa na seara do controle de constitucionalidade se deu com a emenda constitucional de dezembro de 1988, que criou o “Comitê de Supervisão Constitucional” (CSC).¹⁰⁸ O CSC funcionava como um órgão meramente consultivo do legislativo, e, apesar de ter avançado a temática dos direitos humanos no país, decidiu apenas 23 casos e sua estrutura pouco independente o tornou essencialmente subserviente ao partido comunista. Havia uma demanda por uma instituição mais autônoma que pudesse servir como árbitro das questões de separação de poderes, do federalismo e dos direitos fundamentais e o CSC não foi capaz de atuar nesse sentido.

Foi criada então a Corte Constitucional Russa (CCR) como parte do esforço de realizar uma transição suave para um governo nos moldes europeus, baseado no Estado de Direito. A imagem internacional, focada em atrair investimentos, bem como pressões internas das elites soviéticas, preocupadas em perder poder, criaram um ambiente propício para a criação de uma instituição nesses moldes.¹⁰⁹

¹⁰⁶ O título tem o propósito de fazer referência ao título do Livro do Professor Gilman: “Power without Persuasion”, em que ele discorre sobre o poder do Executivo à luz da história do presidencialismo americano. Nesse sentido, se o Executivo Federal é forte o suficiente para agir sem necessidade de persuadir, o Judiciário é exatamente o contrário: a persuasão é essencial para que ele consiga se desenvolver institucionalmente.

¹⁰⁷ SCHWARTZ, Herman. *The struggle for constitutional justice in post-communist Europe*. Chicago: The University Press, 2002. p. 115. Schwartz relata que a Constituição Russa de 1978 foi emendada primeiro em 1990, para prever uma corte constitucional ao estilo europeu, modelado a partir da corte alemã. E foi novamente emendada em 1991 para explicitar que a Corte Constitucional era a “instituição judicial suprema no exercício do controle de constitucionalidade”.

¹⁰⁸ SCHWARTZ, Herman. *The struggle for constitutional justice in post-communist Europe*. Op. Cit., p. 113.

¹⁰⁹ TROCHEV, Alexei. *Judging Russia: Constitutional Court in Russian Politics, 1900-2006*, Cambridge, 2011, p. 26.

Com todos esses incentivos, o *design* institucional da CCR estabelecido pela Constituição e leis subsequentes atribuíram a ela jurisdição para decidir conflitos federativos, conflitos entre os poderes, competência para revisar decretos presidenciais, para avaliar a constitucionalidade de novos partidos políticos, bem como competência legislativa para preencher lacunas que obstassem a plena realização da Constituição.¹¹⁰ Como veremos, esse superempoderamento da Corte Constitucional em um país sem cultura jurídica, foi fatal, ou, nas palavras de Schwartz, “*The law thus overbuilt the institution, which could not bear the weight of its own construction.*”¹¹¹

Naquele momento inicial, contudo, as expectativas eram as melhores possíveis. Seu presidente, Valery Zorkin, tinha participado da redação da Constituição, era um acadêmico reconhecido, e considerado um homem correto, que confiava na missão constitucional atribuída à Corte. A grande quantidade de competências, de incentivos e de membros com perfis pouco relacionados à política fez com que, em menos de dois anos, mais de trinta mil petições tenham sido apresentadas à CCR, sendo dezesseis mil só no seu primeiro ano de existência.¹¹²

Apesar desse contexto aparentemente motivador, outras questões tornavam a adjudicação constitucional uma atividade difícil e extremamente delicada. A primeira delas era a Constituição russa de 1978, que já havia sido emendada pelo menos 320 vezes e cuja estabilidade era rotineiramente contestada, em função de diversos projetos de novas constituições que eram sistematicamente apresentados.¹¹³ Além disso, a Rússia atravessava uma reorganização de todas as fundações do seu estado, desde a desintegração da União Soviética até a reformulação das bases da economia. A situação sociopolítica agravava ainda mais a instabilidade.¹¹⁴

Mesmo considerando esse cenário de instabilidade, a CCR começou suas atividades de forma extremamente bem sucedida, mediando um compromisso entre o então presidente Yeltsin e o Congresso. Naquele momento, o surgimento e a consolidação da CCR foram considerados pelos principais analistas os eventos políticos mais importantes de 1992.

Nesse início promissor, e durante o seu curto período de existência, a CCR foi capaz de decidir alguns casos de direitos humanos que contribuíram para o avanço do

¹¹⁰ SCHWARTZ, Herman. *The struggle for constitutional justice in post-communist Europe*. Chicago: The university Press, 2002. p. 115-6.

¹¹¹ Idem.

¹¹² Ibid., p. 117.

¹¹³ Ibid., pp. 117-118.

¹¹⁴ Idem.

tema na sociedade russa. Contudo, provavelmente em função das suas infladas competências constitucionais e da inocência dos seus membros, particularmente do presidente Zorkin, que confiavam no projeto de Estado de Direito e na sua missão de árbitros constitucionais, a CCR mergulhou profundamente em disputas políticas da mais alta gravidade nos vinte sete casos que decidiu,¹¹⁵ além das duas opiniões consultivas que emitiu.¹¹⁶ Note-se que nesses vinte nove casos, a CCR invalidou oito decretos presidenciais, duas decisões governamentais, e dez atos legislativos.

No primeiro desses casos, a Corte suspendeu liminarmente um decreto do presidente Yeltsin e, à luz da sua tentativa de adiar a audiência sobre o tema – na medida em que estava ignorando a decisão judicial e aplicando o referido decreto –, a CCR negou a suspensão da audiência e, de forma unânime, declarou o decreto inconstitucional. Na sequência, em razão das críticas do advogado de Yeltsin, o presidente da CCR, Zorkin, o ameaçou com um procedimento de *impeachment* caso continuasse a criticar as decisões da Corte.¹¹⁷

Já nesse período, Zorkin começou a dar inúmeras entrevistas para a televisão e jornais, “ensinando” aos telespectadores e leitores sobre a importância de estabelecer o primado do estado de direito no país.¹¹⁸ Na sequência, a Corte foi obrigada a se envolver na disputa de poder entre Yeltsin e o partido comunista no caso chamado de “*The Communist Party Case*”¹¹⁹ e, apesar da indicação de especialistas sugerindo que a corte se abstivesse de decidir o caso, ela acabou proferindo uma decisão que enfureceu membros do partido comunista.¹²⁰

Já em março de 1993, o presidente Yeltsin emitiu um decreto propondo reformas econômicas que afundaram a Rússia em crise. O chefe do legislativo, Khasbulatov, passou a se opor ao presidente, cogitando inclusive propor um *impeachment*. Nesse cenário, a Corte foi arrastada para o conflito como mediadora e, pouco a pouco a relação entre os três poderes foi deteriorando.¹²¹ Em certo ponto, Yeltsin ameaçou elaborar um decreto com reformas profundas na distribuição de poder, e o presidente da CCR se posicionou abertamente ao lado de Khasbulatov, declarando abertamente, em público, que entendia os

¹¹⁵ SCHWARTZ, Herman. *The struggle for constitutional justice in post-communist Europe*. Chicago: The university Press, 2002. p. 117.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 144.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 121.

¹¹⁸ *Idem.*,

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 128.

¹²⁰ *Idem.*,

¹²¹ *Ibid.*, p. 134.

atos do Presidente inconstitucionais.¹²² Essa posição de Zorkin sofreu duras críticas de membros da própria CCR, que dissentiram do presidente e expuseram fraturas internas na Corte. Na sequência, Yeltsin realizou um *referendum* e se saiu surpreendentemente bem nele.

Aos poucos, a contínua disputa de poder entre o Judiciário, o legislativo e o presidente atingiu o limite e levou o presidente Yeltsin a utilizar o seu poder para confiscar as propriedades do presidente da Corte, Zorkin e utilizar força militar para cercar o parlamento com tanques e artilharia. O resultado imediato dessa escalada das animosidades foi a paralisação das atividades da Corte em 5 de outubro de 1993, e o pedido de demissão do presidente Zorkin no dia seguinte.

A conclusão de Schwartz sobre a derrocada da primeira Corte Constitucional Russa é perfeita e ilustrativa do ponto que estamos fazendo:

[s]ocial internalization of the rule of law as a relatively objective set of principles and rules governing official and private behavior that could serve as an antidote to “legal nihilism,” probably suffered a serious setback as the Constitutional Court plunged continually into the most heated partisan struggles. The respect for its independence and freedom from partisan considerations that the Court gained in its first year was probably gone by the time Yeltsin suspended the Court in October 1993. Perhaps because Russia lacks a tradition of judicial independence and objectivity, both of which call for as much judicial aloofness as possible from ongoing power struggles, the Court acted openly as one of the key power centers in Russia, together with the parliament and the president. **It apparently did not realize that although a high court does indeed have power, it is power of a very special kind. It rests on public support and acceptance, and these cannot be earned if the Court acts like the other branches.**¹²³

A CCR superestimou as suas capacidades constitucionais, e o resultado foi fatal.

1.6.2 O caso boliviano

A Bolívia é um caso interessante que reforça ainda mais a ideia de que o Judiciário precisa atuar de forma harmônica com os demais poderes, construindo um capital político mesmo quando há um design institucional que favoreça a sua independência, sob pena de sucumbir na disputa de poder. Trata-se de um país marcado pela instabilidade

¹²² SCHWARTZ, Herman. The struggle for constitutional justice in post-communist Europe. Chicago: The university Press, 2002. p. 135.

¹²³ Ibid., p. 144.

institucional, que já teve mais de 12 Constituições.¹²⁴ O controle de constitucionalidade foi estabelecido pela primeira vez na Constituição de 1861,¹²⁵ o que significava pouco para a realidade de poder do país. Até a criação do Tribunal Constitucional da Bolívia em 1998, a Suprema Corte boliviana tinha esse poder, mas na prática não o exercia. Sua realidade não era diferente da existente nos demais países latinos: Poder Executivo forte e um Judiciário formalista e subserviente. Na síntese de Castagnola e Pérez-Liñán:

The nature of the judicial review process thus reflected the absence of an activist judiciary and the limits of the supreme court in Bolivia. The weakness of the court also undermined its capacity to arbitrate intraelite conflicts. As in the case of individual rights, the problem was not the absence of legal instruments to mediate elite conflicts but the lack of political leverage and judicial incentive to do so.¹²⁶

Apesar do retorno à democracia ter ocorrido em 1982 – após um período de governo militar – foi só a partir da Constituição de 1995 que o Poder Judiciário sofreu significativas transformações, com a previsão da criação do Tribunal Constitucional boliviano (TCB), efetivamente criado em 1998. A criação dessa Corte com ampla competência para declarar normas jurídicas inconstitucionais, com efeitos *erga omnes*, precedentes vinculativos, podendo ainda fazê-lo de forma preventiva, além de dezenove diferentes instrumentos jurídicos capazes de levarem um tema a ela, permitiu que, de 1999 a 2008, o país tenha tido um período de ativismo judicial sem precedentes em sua história.¹²⁷

Nesse período, o TCB declarou um total de 59 normas inconstitucionais, embora o tenha feito de forma crescente: em 1999, o Tribunal declarou três normas inconstitucionais. Em 2006, foram quatorze, sendo sete leis e sete atos administrativos do executivo.

Confiando na sua missão institucional, o TCB, apesar de sua curta existência, não mostrou deferência aos demais poderes, atuou preocupado em realizar o primado do

¹²⁴ CASTAGNOLA, Andrea e PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Bolivia. “The Rise (and Fall) of Judicial Review”. In. HELMKE, Gretchen e RÍOS-FIGUEROA, Julio. Courts in Latin America. New York: Cambridge University Press. 2011. p. 278.

¹²⁵ CASTAGNOLA, Andrea e PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Bolivia. The Rise (and Fall) of Judicial Review. In. HELMKE, Gretchen e RÍOS-FIGUEROA, Julio. Courts in Latin America. New York: Cambridge University Press. 2011. p. 279. Embora inspirado no modelo americano, havia algumas diferenças. Apenas a Suprema Corte da Bolívia podia declarar a inconstitucionalidade de leis, os efeitos do controle eram inter partes, e os precedentes não eram vinculantes.

¹²⁶ CASTAGNOLA, A. e PÉREZ-LIÑÁN, A. Bolivia. . “The Rise (and Fall) of Judicial Review”., op. Cit., p. 279.

¹²⁷ Ibid., p. 290.

direito, e sistematicamente limitou o poder do legislativo e do executivo. Essa falta de deferência aliada a uma característica institucional peculiar – os membros do TCB tinham mandatos relativamente curtos, de apenas 8 anos - levaram o TCB a se tornar inoperante a partir de 2008.¹²⁸

O Tribunal desafiava constantemente os poderes executivo e legislativo, invalidando suas normas e fazendo valer o “*rule of law*”. Esse desafio teve um preço. Sem o apoio dos poderes eleitos, o TCB só poderia se sustentar se contasse com o apoio da população. Não era exatamente o caso. De acordo com pesquisas, a confiança no TCB, embora não fosse muito baixa, sequer atingia a pontuação média. Sem esse apoio popular, o Tribunal ficou especialmente sensível a ataques institucionais, como concluem Castagnola e Pérez-Liñán:¹²⁹

The lack of public support for the judiciary creates strategic conditions that facilitate political attacks against the high courts. In Bolívia, the combination of weak public support for the judiciary, fledgling activism on the part of the constitutional tribunal, and legislative deadlocks preventing the appointment of justices produced an explosive mix that led to the rapid downfall of the new model of judicial review less than a decade after its inauguration. In just five years, the constitutional tribunal lost all its members.

A eleição de Evo Morales, em 2005, foi crucial para esse processo. Os juízes do TCB não foram capazes de antecipar a mudança de rumo, e acabaram sendo um dos alvos das reformas do novo regime.

O primeiro confronto aconteceu quando Morales determinou a intervenção em uma empresa que havia sido privatizada em 1996, em razão da greve que estava ocorrendo. A empresa apresentou ao TCB um *writ of annulment* do decreto, que foi por ele recebido. O presidente Morales alegou que os juízes do TCB teriam sido comprados, e surgiu o primeiro incidente. Os juízes, pressionados, foram deixando seus cargos um a um. Em uma outra oportunidade, o TCB cortejou o presidente, ao admitir como constitucional um decreto seu que, aproveitando o recesso do Congresso, havia nomeado quatro vagas do TCB com membros interinos. Mas havia um detalhe. As vagas eram temporárias. Quando o presidente pediu ao TCB que reconsiderasse a limitação das nomeações por noventa

¹²⁸ CASTAGNOLA, A. e PÉREZ-LIÑÁN, A. Bolívia. . “The Rise (and Fall) of Judicial Review”., op. Cit.,, p. 291.

¹²⁹ CASTAGNOLA, A. e PÉREZ-LIÑÁN, A. Bolívia. . “The Rise (and Fall) of Judicial Review”., op. Cit., p. 293.

dias, o Tribunal não admitiu a demanda, e o presidente reagiu da sua forma: pediu ao Congresso que iniciasse procedimentos de *impeachments* dos magistrados.¹³⁰

Muitas outras medidas foram tomadas. Já em 2006, o salário dos juízes foi reduzido em 32%, levando um dos seus membros, o Juiz Rocha Orozco, a deixar o cargo. Outros ataques sucederam: denúncias de corrupção no judiciário e nomeação de novos juízes mais comprometidos com o regime.

No final, a combinação de um design institucional que incentivava o Tribunal a atuar de forma assertiva, somado à falta de apoio substancial das pessoas, bem como a insensibilidade de sua posição como “o poder menos perigoso”, levaram o TCB à sua submissão e derrocada:¹³¹

The combination of institutional strength (its potential to mediate conflicts among elites) and political weakness (the lack of active public support) ultimately sealed the fate of the first constitutional tribunal. When the struggle for political hegemony became critical, the government had both the incentive and the capacity to dismantle the TCB.

1.6.3 A experiência americana

Para aqueles que consideram os exemplos russo e boliviano pouco representativos, pela ausência de tradição democrática e constantes crises institucionais, trataremos agora daquele que talvez seja o mais representativo de todos: a Suprema Corte americana, considerada por muitos como parte fundacional da história dos Estados Unidos e o mais importante órgão judicial do mundo. Para evidenciar os limites do poder judicial e a sua incapacidade contramajoritária, poder-se-ia narrar a longa história de eventos cujos resultados demonstraram a fraqueza inerente às cortes. Alguns deles já foram mencionados, e outros ainda serão. Agora, nossa proposta é revisitar três momentos históricos que costumam servir de base para as teorias normativas do guardião entrincheirado: o contexto de *Marbury v. Madison*,¹³² tida como a decisão fundante do *judicial review*; a relação da Suprema Corte com os Estados federados durante a famosa crise da nulificação, e a famosa jurisprudência da Corte de Warren, que inspirou gerações de autores a escreverem sobre o controle de constitucionalidade e que se tornou o paradigma máximo de uma Corte que atuou de forma contramajoritária para proteger

¹³⁰ CASTAGNOLA, A. e PÉREZ-LIÑÁN, A. Bolivia. . “The Rise (and Fall) of Judicial Review”., op. Cit., p. 295.

¹³¹ Ibid., p. 302.

¹³² 5 U.S 137 (1803).

minorias. Além de revisitar esses dois momentos históricos, concluiremos a análise empírica da Suprema Corte americana testando a capacidade contramajoritária em uma das situações em que ela seria mais necessária: momentos de guerra. Ao final, espera-se deixar claro que, mesmo a mais poderosa corte do mundo continua sendo, pelo menos em regra, o poder mais fraco e limitado na separação de poderes.

1.6.3.1. *Marbury v. Madison* ou *Stuart v. Laird*? A outra história (do direito) americano

Marbury v. Madison é muito provavelmente a decisão judicial mais conhecida de todos os tempos. Certamente é a decisão mais famosa nos Estados Unidos. Para a grande maioria da doutrina é o marco fundacional do controle de constitucionalidade. Ali o *Chief Justice Marshall* estabeleceu que a Constituição era uma norma jurídica, que os atos normativos que lhe contrariassem deveriam ser considerados nulos, e, a decorrência lógica da análise do conflito entre duas normas jurídicas era ela ser de competência da Suprema Corte. Essa síntese histórica sugere que em *Marbury v. Madison* a Suprema Corte dos EUA estabeleceu sua força como guardião da Constituição e os demais poderes simplesmente anuíram a esse raciocínio lógico-jurídico. Como em um passe de mágica, a Suprema Corte delimitou sua força. E os demais poderes, cientes de que estavam inseridos em um estado de direito, admitiram essa competência. Nada pode ser mais distante da verdade do que essa compreensão histórica.

A descrição feita por Justin Crowe no seu livro *Building the Judiciary: Law, Courts and the Politics of Institutional Development* sobre a primeira sessão da Suprema Corte dos Estados Unidos é surpreendente para o leitor desavisado.¹³³ Na descrição do autor, longe de um momento com pompa e circunstância, aquele ato inaugural da mais alta corte do Judiciário americano foi digno de pena. Os seus trabalhos começaram um dia depois do programado, em função das dificuldades enfrentadas por alguns *Justices* para chegarem à Nova York, com apenas quatro dos seis nomeados por George Washington, já que um declinou do convite e o outro, embora confirmado, jamais apareceu a uma sessão e acabou pedindo demissão. Ambos trocaram a Suprema Corte dos Estados Unidos por cargos nos judiciários de seus Estados.¹³⁴

¹³³ CROWE, Justin. *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development*. Princeton. 2012. p. 1.

¹³⁴ Robert Harrison declinou do convite de se tornar um membro da Suprema Corte dos Estados Unidos para exercer o cargo de Chefe do Judiciário em Maryland. John Rutledge foi confirmado, mas não compareceu a

Não bastasse a ausência de um prédio próprio e o fato de dois nomeados terem simplesmente rejeitado os cargos, a primeira reunião entre os quatro *Justices* presentes foi meramente administrativa, já que a primeira decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos só seria proferida dezoito meses depois.

Não por outra razão, *John Jay* – o primeiro *Chief Justice* – ao comentar sobre aquele Tribunal, expressamente manifestou sua percepção de que ele “*would permanently lack ‘energy, weight, and dignity’* (*Jay 1893: 285*).”¹³⁵

Nesse cenário, como diz Crowe, dadas as condições materiais e fáticas da Suprema Corte, as perspectivas desta instituição exercer algum poder efetivo na vida dos americanos em geral eram muito pequenas, para não dizer improváveis.¹³⁶ O Judiciário a época não era supremo, e, nesse período, sofreu coerções de todas as espécies: alguns juízes sofreram processos de impeachment, as leis alteraram suas funções, e por diversas vezes o Congresso cogitou extinguir a Suprema Corte.

Como poderia a Suprema Corte ter se imposto como guardião da Constituição contra os abusos do presidente em um ambiente tão desfavorável? A verdade é que a Corte não o fez, pois embora a fundamentação da decisão tenha construído o raciocínio que lançou as bases do controle de constitucionalidade, a Corte se declarou incompetente e, na prática, não afrontou nem o executivo nem o legislativo. Além disso, se *Marbury v. Madison* for analisada em conjunto com *Stuart v. Laird*,¹³⁷ um caso decidido pela Corte imediatamente após aquele, com os mesmos fundamentos jurídicos e cuja decisão deveria ter sido – a partir dos fundamentos de *Marbury* – contrária aos interesses do presidente Thomas Jefferson e do legislativo, mas não o foi. A Suprema Corte ignorou o precedente

nenhuma sessão e se tornou Chief Justice of the South Carolina Court of Common Pleas. CROWE, J. *Building the Judiciary*. Op. cit., p. 1.

¹³⁵ GRABER, Mark. “Establishing Judicial Review? Schooner Peggy and the Early Marshall Court.” *51 POL. Res. Q.* 221 (1998). p. 222.

¹³⁶ Essa descrição, pela sua relevância, merece ser transcrita integralmente: When the United States Supreme Court convened for the first time in history at the Royal Exchange Building in New York City on February 2, 1790, it was a sorry scene, and even the justices knew about it. With only four of George Washington’s initial six nominees bothering to show up and the Court lacking even a single case to hear, Chief Justice John Jay and his three colleagues in attendance – associate justices James Wilson, William Cushing, and John Blair – spent the session devising procedures for the conduct of actual business. The justices could not have known then that they would have no such business for another eighteen months, but, in retrospect, the dearth of activity demonstrated how the Court’s institutional beginnings were inauspicious and suggested that its likelihood of exerting any measurable direction on the course of American life was slim. CROWE, J. *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development*. Op. cit., p. 1.

¹³⁷ 5 U.S. 299 (1803).

de Marbury e decidiu de forma oposta em Stuart, na prática revertendo o precedente e decidindo de forma favorável aos interesses do executivo.¹³⁸

Em suma, não foi *Marbury v. Madison* que estabeleceu o poder da Suprema Corte de declarar nulas leis que contrariassem a Constituição Federal. Essa é a verdadeira história do controle de constitucionalidade nos EUA, que merece uma contextualização.

Thomas Jefferson foi o 3º presidente dos Estados Unidos, sucedendo John Adams. Embora fosse o início do modelo bi partidário, à época eles ainda não tinham consciência disso, e a derrota de Adams e dos federalistas nas eleições presidenciais foi tratada por eles como o início de uma era de facção, que podia colocar todo o projeto da Constituição de 1787 a perder. Por essa razão, nos meses antes da posse de Jefferson, John Adams e os Federalistas fizeram tudo que puderam para ter o judiciário ao seu lado: Adams nomeou para chefe do Judiciário, John Marshall, que era um líder do partido Federalista e seu Secretário de Estado.

Além disso, ele aproveitou esse período em que os federalistas ainda controlavam o Congresso e propôs uma reforma do Judiciário: a proposta era que os juízes da Suprema Corte deixassem de cumular a função de juízes federais de 1ª instância (*Circuit Judges*), indo a diversas regiões para decidir casos. Os juízes da Suprema Corte deixariam de cumular essa função, que seria então exercida por novos juízes. Era uma expansão do Judiciário que servia bem ao propósito dos federalistas de manter parte de seu poder, controlando pelo menos um dos três poderes.

Para ser justo, a lei chamada de *Federalist Judiciary Act*, de 1801, tinha o propósito de racionalizar o sistema judiciário federal, que era muito dependente dos juízes da Suprema Corte e estava cheio de irracionalidades.¹³⁹ Serviu então a dois objetivos: reorganizava o Judiciário e ampliava o poder dos Federalistas. O duplo propósito de reorganizar a justiça e realocar poder para avançar a sua agenda serviu de enorme

¹³⁸ ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers*. Jefferson, Marshall, and the Rise of the Presidential Democracy. Harvard University Press. Cambridge, 2005. pp.181-186.

¹³⁹ ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers*. Op. cit., p.129. “The original Judiciary Act of 1789 did not grant district judges authority to try most federal cases on their own but required them to wait for a Supreme Court justice to travel to their circuit to try them jointly. If transportation or ill health prevented a justice from showing up, nothing could happen – except the demoralization of lawyers, parties, and witnesses primed for the event. When a circuit justice was seriously indisposed, Congress sometimes passed a special statute to allow a particular district judge to hold a circuit court by himself, but this was a Band-Aid.

Even when circuit justice and district judge arrived on time, there were problems. When the two disagreed, the case was held over until the next term; and if disagreement continued, the judgment of the district judge – not the Supreme Court justice – prevailed. A further embarrassment occurred on appeal to the Supreme Court – since the justice who had sat on circuit would find himself on the reviewing panel. Unsurprisingly, this system generated lots of complaints. Within a year, the justices were protesting against the physical demands of circuit riding and the impropriety of reviewing the errors of colleagues on appeal (...)”

motivador para que a maioria federalista aprovasse a lei e ela fosse incorporada à prática judicial. Ato contínuo, as posições foram todas ocupadas por aliados federalistas, nomeados de forma apressada para permitir o preenchimento de todas as vagas.

Na sequência, Jefferson e seus aliados tomaram o poder e o resultado foi a contestação desse aparelhamento do judiciário pelos federalistas. Controlando a maioria, Jefferson e seus aliados resolveram reformar o Judiciário uma segunda vez, para desfazer o *Federalist Judiciary Act*. Esse desafio explícito à lei aprovada pelos federalistas, significava, na visão desses últimos, a morte da Constituição.¹⁴⁰ A partir desse confronto, surgiram diversas demandas que foram parar na Suprema Corte.

Marbury v. Madison se insere nesse contexto. Tratava da nomeação de um juiz de paz – William Marbury - que não fora realizada antes da posse do novo presidente, que, ao tomar conhecimento das pendências deixadas pelo seu antecessor, obistou as nomeações. Marbury foi então à Suprema Corte buscar a sua nomeação, alegando que Jefferson não tinha autoridade para reverter a nomeação feita por Adams.¹⁴¹ Nos fundamentos, a Suprema Corte asseverou sua competência para realizar o controle de constitucionalidade e para invalidar atos do presidente, mas, na decisão, declarou-se incompetente e o resultado prático da decisão não afrontou Thomas Jefferson: Marbury não foi nomeado juiz de paz.

Em *Stuart v. Laird*, o pedido envolvia a nova lei aprovada pela maioria de Jefferson (*Judiciary act* de 1802) que havia eliminado o emprego do Juiz Stuart e repelido o *Judiciary Act* de 1801. Um dos fundamentos do pedido de Stuart, cujo advogado era o mesmo que tinha sustentado Marbury, era a inconstitucionalidade da nova lei que organizava o Judiciário. No contexto dessa nova lei estava o retorno às atribuições de juízes federais dada aos *Justices* da Suprema Corte, que havia sido eliminado na reforma do judiciário feita pelos Federalistas, mas que foi reinserta pela reforma realizada por Thomas Jefferson. Aqui a Suprema Corte não teria como alegar sua incompetência. E ela, então, imediatamente após ter asseverado sua suposta força em Marbury, capitulou diante do executivo em Stuart. Submeteu-se a um presidente que controlava o Congresso e, a julgar pelos números de suas eleições e de seus aliados, contava com amplo apoio popular. Nas palavras de Bruce Ackerman:

By returning to circuit riding, the justices were degrading their own judicial commissions in ways that Marshall had declared constitutionally intolerable in

¹⁴⁰ACKERMAN, Bruce. The Failure of the Founding Fathers. Op. cit., p. 129.

¹⁴¹ Ibid., p. 149. .

Marbury. Despite Marshall's proud declaration that Congress could not expand the Court's original jurisdiction, the justices were preparing themselves for a lifetime of trials; despite Marshall's declaration that the terms of judicial commissions granted vested legal rights, the justices would continue to hold circuit court without any appropriate legal commission, and in defiance of the judicial commissions held by the Federalist circuit judges appointed by Adams (with the aid of Marshall).

Nor would this utter capitulation in Stuart be a passing moment in the history of the Court. John Marshall would be obliged to savor his ironical relationship to Marbury v. Madison with every lousy meal, lumpy bed, and bumpy road he encountered on the endless ride around his circuit. Each daily indignity could only impress upon him the triumph of Thomas Jefferson's Constitution, as codified by his own Court in Stuart v. Laird. And each time the great chief justice began a new trial, he was once again establishing that it was the Constitution of 1801, not that of 1787, which served as the foundation of justice in the country.¹⁴²

Ferejohn conclui de forma lapidar, informando que embora Marbury seja ensinada como um triunfo do judiciário, ela deveria ser lida no contexto de Stuart v. Laird, em que a Corte manteve o *Judiciary Act* de 1802, que na prática demitiu juizes supostamente protegidos pela vitaliciedade. Na prática, mais do que mostrar força do judiciário, o contexto foi de afirmação dos poderes presidenciais, e da fraqueza daquele:

While Marbury v. Madison is often taught as a triumph for the courts, it is just as plausible to see it as a recognition of the power of a really popular president to alter the workings of the constitutional structure. This is especially true in view of the Court's willingness to uphold the 1802 Judiciary Act, which effectively fired life-tenured judges without an impeachment trial. If this sorry concession to presidential power was not enough, the bare margin by which Justice Chase escaped an impeachment conviction was another reminder of the Framers' misjudgment of presidential leadership.¹⁴³

1.6.3.2. A crise de nulificação e os limites da capacidade da Suprema Corte.

A crise da nulificação, ocorrida entre os anos de 1832 e 1833, expõe como poucos outros casos a fragilidade institucional do Judiciário, e consistia em uma interpretação da Constituição a partir da qual os Estados mantinham o poder de anular leis federais que considerassem inconstitucionais. A premissa era que a Constituição não havia retirado dos Estados a sua soberania, que permanecia, ainda que mitigada. E parte do exercício dessa soberania significava poder desconsiderar atos federais.

¹⁴² ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers*. Op. cit., p. 194.

¹⁴³ FEREJOHN, J. *Independent Judges, Dependent Judiciary*. Op. cit., p. 381.

Esse período foi marcado pelos desafios constantes dos estados federados ao poder da União, que muitas vezes se personificava na Suprema Corte. Sempre que um desafio à Corte era apoiado pelas populações locais, o que era muito comum à época, a Suprema Corte não conseguia exigir o cumprimento de suas decisões sem que o executivo federal intervisse. John Taylor, adversário político de Marshall, resumiu a fraqueza do Judiciário: “*They could not make the militia march.*”¹⁴⁴

O desafio à autoridade da Suprema Corte, muitas vezes a partir do simples descumprimento das decisões, era comum. A Suprema Corte exigiu que o estado de Nova Jersey voltasse a conceder isenção tributária a terras indígenas.¹⁴⁵ A decisão foi ignorada e o tributo continuou sendo cobrado. No caso *United States v. Peters*, o estado da Pensilvânia foi obrigado por uma corte federal a devolver os recursos provenientes de um navio capturado durante uma guerra, e o estado não aceitou devolver os recursos. A Suprema Corte confirmou a decisão da corte federal e exigiu que os recursos fossem devolvidos, mas o estado manteve a negativa de cumprimento da decisão. O impasse só foi resolvido quando o executivo federal decidiu intervir, sugerindo que usaria a força para garantir o cumprimento da decisão. O governador da Pensilvânia tentou dissuadir o presidente James Madison, que se manteve firme em apoio à Suprema Corte. A Pensilvânia, então, cumpriu a decisão judicial.¹⁴⁶

Muitos argumentos eram construídos para descumprir decisões da Suprema Corte. Algumas vezes, eles eram sofisticados, como no caso *Green v. Biddle*,¹⁴⁷ em que o estado de Kentucky alegou que não cumpriria a decisão da Suprema Corte porque a decisão tinha sido produzida com a presença de apenas três dos sete juízes presentes¹⁴⁸, outras vezes não havia nenhum argumento.

O período foi marcado ainda por diversas tentativas por parte dos estados de modificar as competências da Suprema Corte: desde uma proposta de emenda constitucional para dar ao Senado competência para rever decisões da Corte que envolvessem estados ou leis estaduais até um projeto de lei que simplesmente retirava da Suprema Corte a competência para rever decisões das Supremas Cortes estaduais. Nenhuma dessas tentativas prosperou no legislativo federal, o que sugere, como alguns

¹⁴⁴ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Op. cit. p. 83.

¹⁴⁵ *New Jersey v. Wilson*, 11 U.S.164 (1812).

¹⁴⁶ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit. p. 85.

¹⁴⁷ 21 U.S. 1 (1823)

¹⁴⁸ Após esse caso, a Corte passou a evitar decisões com menos do que a maioria dos Justices. FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit. p. 87.

costumam ressaltar, que as decisões da Suprema Corte eram, em geral, bem recebidas pelos congressistas. Não é possível imaginar um cenário em que todos estivessem descontentes (o legislativo e o executivo federal e os estados) e a Suprema Corte tivesse mantido seu poder.¹⁴⁹

Apesar dos constantes desafios, o episódio mais marcante do período é a chamado “*Nullification Crisis*”. O primeiro ato dessa crise envolve a disputa entre o estado da Georgia e a Suprema Corte relacionado a competência e a jurisdição sobre as terras dos índios Cherokee que se localizavam naquele estado. Em suma, as terras eram ricas em recursos naturais. Os políticos do estado da Georgia queriam remover os índios das terras e, para isso, alegavam que as terras pertenciam ao estado. Os índios alegavam que as terras eram deles e que, portanto, a jurisdição no local era federal. A Suprema Corte acabou se envolvendo na questão por vários caminhos. No primeiro deles, um índio chamado Corn Tassel foi acusado de assassinato em uma área de seu povo. O estado da Georgia entendeu ser competente e julgou e condenou o índio. A Suprema Corte ouviu o caso e reformou a decisão em 12 de dezembro de 1830. O índio foi enforcado 12 dias depois, na véspera do natal.¹⁵⁰ O caso seguinte envolveu dois missionários que se recusaram a cumprir uma lei do estado da Georgia que exigia que aqueles que desejassem morar com os índios deveriam obter uma licença, justamente porque eles não reconheciam aquelas terras como submetidas à autoridade do estado. Eles foram presos e o caso chegou à Suprema Corte, que exigiu que os missionários fossem soltos. O estado da Georgia – amplamente amparado pela sua população – ignorou a decisão e os manteve presos.

O segundo ato envolve a administração de Andrew Jackson e a ausência de apoio do governo federal à Suprema Corte. Jackson era um “populista”, herdeiro de uma concepção democrática que tendia a se opor ao Judiciário e ouvir a “voz do povo”. Esse movimento, à época, seguindo a tradição de Thomas Jefferson, tendia a apoiar a autonomia dos estados frente ao governo federal. No caso específico, Jackson tinha ainda mais uma razão para não apoiar a Suprema Corte: ele era partidário de uma política de remoção de índios. Sua política era de que cada um dos poderes podia fazer a sua interpretação da Constituição, na linha do departamentalismo que rejeitava a supremacia judicial. Com a tolerância do executivo federal, o estado da Georgia foi capaz de desafiar a Corte, que nada pode fazer.

¹⁴⁹ I FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Op. cit., p. 88.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 89-90.

O terceiro ato envolve a disputa entre a Carolina do Sul e a Suprema Corte. O estado, inconformado com uma lei tributária que considerava especialmente prejudicial aos seus interesses, passou a defender a teoria de que, como soberano, tinha poder para declarar nula uma lei federal. Os estados – e não a Suprema Corte dos EUA – tinham o poder de julgar a constitucionalidade de certas leis federais.

A Carolina do Sul leu a reeleição de Jackson e a sua atitude frente à Georgia como um sinal verde para agir de acordo com essa teoria. Em novembro de 1832, o estado colocou em prática a teoria da nulificação e declarou a lei federal nula, proibindo que se questionasse o ato perante a Suprema Corte Federal. Tudo levava a crer que a Carolina do Sul ia conseguir o que queria. Sem o apoio do presidente, a Suprema Corte já tinha demonstrado que não tinha força para fazer cumprir suas decisões. E Jackson jamais agiria nessa situação. Afinal, mais uma vez um estado afirmava sua competência em face da Suprema Corte, nada havia de diferente. Mas esse cálculo foi errado.

O quarto e último ato é a reviravolta na posição de Jackson e dos sentimentos do Congresso Federal. Havia uma diferença crucial entre o caso da Georgia e o caso da Carolina do Sul. A manutenção dos missionários presos desafiava apenas a autoridade da Suprema Corte, enquanto a execução da doutrina da *nullification* desafiava a própria União. Se os estados tivessem o poder de invalidar leis federais eles seriam, na prática soberanos, e a federação voltaria a ser uma confederação.

O desafio à União era o incentivo que faltava para o Presidente Jackson alinhar-se com a Suprema Corte. Ele era, antes de tudo, o presidente, e a fragilização da União significava a fragilização do seu poder. Com o apoio do executivo federal, os missionários foram soltos e a Carolina do Sul se submeteu à lei federal.¹⁵¹

1.6.3.3 No coração da premissa contramajoritária: a Corte de Warren e a “revolução do processo criminal”.

Se em algum momento da história alguma Corte atuou preenchendo o papel de herói ou de guardião de minorias, essa corte foi a Corte de Warren, assim chamada por ter sido presidida pelo *Chief Justice Earl Warren*, de outubro de 1953 até a sua aposentadoria em 1969. A história convencional vê esse período da Suprema Corte americana de forma absolutamente romântica. Segundo essa versão, a Corte de Warren teria atuado de forma

¹⁵¹ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Op. cit., p. 88.

extremamente contramajoritária, protegendo negros, comunistas, criminosos, ateus, disseminadores de pornografia, dentre outros grupos que eram considerados ameaças à classe média branca americana.¹⁵² Foi a jurisprudência dessa corte que inspirou Bickel a cunhar a expressão “dificuldade contramajoritária”,¹⁵³ e inspirou também várias gerações de estudiosos, em especial acadêmicos como Dworkin e John Hart Ely¹⁵⁴ a defenderem normativamente o *judicial review*. Foi a Corte de Warren que proferiu *Brown v. Board of Education*,¹⁵⁵ e muitos consideram a sua jurisprudência tão agressivamente progressista, que ela teria contribuído para a rejeição da opinião pública e, em última análise, para a eleição de Richard Nixon em 1968.¹⁵⁶

E se toda essa narrativa é verdadeira, nenhuma temática é mais responsável pela reputação da Corte de Warren do que as questões envolvendo o processo penal e os direitos dos acusados. Segundo Corinna Lain, a revolução do processo criminal (“*criminal procedure revolution*”) seria a seara em que a Corte de Warren foi contramajoritária por excelência, para uns inclusive agressivamente contramajoritária.¹⁵⁷ Com uma agravante: o processo penal é, como observa Caldeira, uma das temáticas que o público mais diretamente relaciona com o Judiciário. Segundo ele, quando o crime sobe, a Suprema Corte americana naturalmente sofre as consequências:

At any rate, when crime goes up, the Court constitutes a logical and handy target for public displeasure. Indeed, of all of the problems that plague the nation, crime provides one of the best tests of the efficacy of the legal and political processes. Courts, after all, have the responsibility of trying and punishing the accused. Just as citizens hold the chief executive responsible for inflation and unemployment, so, too, might the public view the control of crime as peculiarly within the ambit of the Supreme Court.¹⁵⁸

Portanto, se a Corte de Warren tiver efetivamente atuado de forma agressivamente contramajoritária em um tema tão sensível quanto o processo criminal, e em prol de um grupo que representa como nenhum outro as minorias sub-representadas politicamente: os “*criminal defendants*”, então podemos dizer que a tese “majoritária” da incapacidade de

¹⁵² LAIN, Corinna Barrett. “Counter-majoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution”, 152 *University of Pennsylvania Law Review*. 2003/2004. p. 1363.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 1362.

¹⁵⁴ John Hart Ely foi “clerk” de Earl Warren e sua admiração era tão grande que o livro “Democracia e Desconfiança” – um dos mais importantes livros de Direito Constitucional já escrito – foi dedicado ao Chief Justice Earl Warren. ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

¹⁵⁵ LAIN, Corinna Barrett. “Counter-majoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution”, *Op. cit.*, p. 1362.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 1364.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 1363.

¹⁵⁸ CALDEIRA, Gregory A. “Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court.” *The American Political Science Review*, V. 80, No. 4 (Dec., 1986). p. 1216.

atuação contramajoritariamente está errada. Ou, no mínimo, que a Corte de Warren seria uma exceção à regra da majoritariedade, como sugere Michael Klarman, um dos principais defensores da “teoria majoritária”.¹⁵⁹

No entanto, como propõe Corinna Barrett Lain, em seu artigo “*Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution*”, não há estudos sérios e profundos sobre o contexto histórico e social das decisões relacionados ao processo criminal proferidas pela Corte nesse período.¹⁶⁰ Em seu trabalho, a autora analisou minuciosamente cinco dos casos mais famosos e estudados relacionados à “revolução criminal” do período: *Mapp v. Ohio*,¹⁶¹ *Gideon v. Wainwright*,¹⁶² *Miranda v. Arizona*,¹⁶³ *Katz v. United States*,¹⁶⁴ e *Terry v. Ohio*,¹⁶⁵ e concluiu que em nenhum desses casos a Corte de Warren foi contramajoritária.¹⁶⁶ Ou, ainda que em alguns desses casos ela tenha sido em algum grau contramajoritária, ela o foi tão somente em relação a alguns Estados da federação, mas nunca em relação à maioria considerada no contexto nacional.¹⁶⁷ De qualquer forma, Corinna Lain demonstra que a visão heroica e “agressivamente contramajoritária” da Corte de Warren na revolução do processo criminal não se sustenta. Ao contrário, os precedentes nessa seara são na verdade um testemunho da falta de inclinação da Corte de ser contramajoritária. Em suas palavras:

In none of this cases, I argue, did the Supreme Court act in a manner truly deserving of its countermajoritarian image. To be clear, I do not deny that these decisions were historically significant, salient events; nor do I deny that they were doctrinally revolutionary (though two fall short of even that mark). My point is simply that upon close inspection, the landmark cases of the criminal procedure revolution say more about the Supreme Court’s *lack* of inclination for countermajoritarian decision making than the contrary – and that, in turn, has profound implications for the heroic, countermajoritarian function we tend to ascribe to judicial review.¹⁶⁸

Corinna Lain não defende que a tendência do Judiciário de adotar decisões majoritárias decorra de uma atuação estratégica focada nas expectativas da opinião pública

¹⁵⁹ KLARMAN, Michael J. “Bush v. Gore: Through the Lens of Constitutional History,” 89 *California Law Review*. 2001. p. 1721.

¹⁶⁰ LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution”, Op. cit., p. 1364.

¹⁶¹ 367 U.S. 643 (1961).

¹⁶² 384 U.S. 436 (1966).

¹⁶³ 384 U.S. 436 (1966).

¹⁶⁴ 389 U.S. 347 (1967).

¹⁶⁵ 392 U.S. 1 (1968).

¹⁶⁶ LAIN, Corinna Barrett. Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution, Op. cit., p. 1365.

¹⁶⁷ Ibid., p. 1366.

¹⁶⁸ Ibid., p. 1365.

ou dos demais atores políticos;¹⁶⁹ e tampouco que essa tendência decorra do processo de nomeação, que no caso da Corte de Warren contou com uma certa ironia, já mencionada neste trabalho. Para ela, o Judiciário é incapaz de ser fortemente contramajoritário porque ele está inserido, no tempo e no espaço, em um contexto sociopolítico do qual é incapaz de se desvencilhar. Em outras palavras, a corte também é um produto do seu tempo e, como já dissemos, os seus membros são incapazes de se afastarem demais do *ethos* sociocultural em que vivem.¹⁷⁰

Para demonstrar como a suposta “revolução do processo criminal” foi menos revolucionária do que muitos acreditam, Lain apresenta o contexto anterior ao início dessa “revolução”. Havia uma disparidade gigantesca entre a forma como o processo penal era conduzido na esfera federal e a forma como ele era tratado pelos Estados. Nas cortes federais, os réus em ações penais eram protegidos pelas garantias enumeradas na quarta, quinta, sexta e oitava emendas à Constituição Federal americana, ou seja, pelas proteções incorporadas à Constituição pela chamada “*Bill of Rights*”.¹⁷¹ Já nas cortes estaduais, apenas a cláusula do “devido processo legal” prevista na décima quarta emenda servia como proteção aos acusados, em grande parte por culpa da jurisprudência da Suprema Corte que havia recusado em períodos anteriores a possibilidade de incorporar à décima quarta emenda o “*Bill of Rights*”, o que impedia que a sua aplicação pelos Estados fosse mandatória.¹⁷²

Por força da inaplicabilidade das garantias previstas no *Bill of Rights*, cada Estado conduzia o seu procedimento criminal, e a Suprema Corte controlava apenas os abusos mais evidentes que violassem o “devido processo legal”, sempre de forma casuística.¹⁷³ Em muitos lugares, os réus não tinham direito a serem defendidos por um advogado público, salvo se fossem acusados de crime cuja pena fosse de morte;¹⁷⁴ provas obtidas de

¹⁶⁹ LAIN, Corinna Barrett. Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution, Op. cit., pp. 1366-1367.

¹⁷⁰ Ibid., pp. 1368-1369.

¹⁷¹ Bill of Rights é o nome dado às dez primeiras emendas à Constituição Federal Americana, ratificadas em 1791, cujo objetivo era garantir uma série de liberdades, tais como a de religião, de expressão, de não ser revistado sem fundamento razoável, etc. Além disso, essas emendas tinham o propósito de limitar o governo em vários aspectos, dentre os quais se encontra a limitação em procedimentos judiciais, garantindo, por exemplo, julgamentos céleres e públicos conduzidos por júris imparciais. Destaque-se ainda que originalmente essas emendas só se aplicavam ao governo federal.

¹⁷² LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution”, Op. cit., p. 1370-1373.

¹⁷³ Ibid., p. 1371.

¹⁷⁴ Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 71 (1932).

forma abusiva ou até ilícita eram utilizadas nos julgamentos,¹⁷⁵ assim como qualquer tipo de confissão, exceto aquela que fosse flagrantemente coercitiva.¹⁷⁶

A falta de vontade do governo federal ou da Suprema Corte de interferir na administração da Justiça dos Estados fornecia a alguns deles – em especial do *Deep South*¹⁷⁷ – a oportunidade perfeita para aliar, quando os réus eram negros, o forte preconceito sofrido pelos acusados de crimes com o racismo e o ressentimento em relação aos negros extremamente presentes nessas sociedades. Em muitos desses lugares, os réus criminais negros eram tratados como verdadeiros “pedaços de carne a serem processados pelo sistema e depois enviados adiante para empacotamento”.¹⁷⁸ Os abusos eram a rotina. E certamente não contribuía para esse panorama o fato de que 99% dos processos criminais eram de competências dos Estados. A Justiça Federal era responsável por apenas 1% dos casos penais.¹⁷⁹

Nesse cenário, Corinna Lain defende que, em linhas gerais, as famosas decisões da Corte de Warren que “revolucionaram” o processo penal nos EUA da década de 1960 não fizeram muito mais do que incorporar à décima quarta emenda as exigências processuais existentes no *Bill of Rights*, na prática trazendo para o processo penal dos Estados práticas e garantias já existentes na Justiça Federal.¹⁸⁰

E mesmo tendo tido uma atuação em nada agressiva, no final da década de 1960, com a escalada dos índices de criminalidade nas cidades e com a economia americana mostrando sinais preocupantes, a Corte de Warren recuou de sua postura mais garantista do início da década e capitulou diante do movimento de lei e ordem,¹⁸¹ como veremos no caso *Terry v. Ohio*. Esse recuo da Corte de Warren é ainda mais impressionante se observarmos que na segunda metade da década de 1960, mais precisamente em 1967, a composição da Corte se tornou mais liberal, com a entrada do ativista dos direitos civis Thurgood Marshall, substituindo o mais moderado Tom Clark.

¹⁷⁵ *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25, 33 (1949) e *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 172 (1952).

¹⁷⁶ *Adamson*, 332 U.S. e *Brown v. Mississippi*, 297 U.S. 278, 286 (1936).

¹⁷⁷ *Deep South* é a qualificação de alguns estados do sul dos Estados Unidos, tais como Alabama, Georgia, Louisiana, Mississippi, e Carolina do Sul, geograficamente situados no sudeste do país, cuja economia era associada à plantação de algodão e que se caracterizavam socio-culturalmente como extremamente religiosos, conservadores e, na época, racistas.

¹⁷⁸ LAIN, Corinna Barrett. *Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution*, Op. cit., p. 1371. No original, a autora utilizou a seguinte expressão: “Particularly in the Deep South, where racial prejudice fueled already hostile sentiment toward those accused of criminal wrongdoing, defendants were routinely treated like pieces of meat to be processed and then forwarded for proper packing.”

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 1369.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 1372.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 1450.

Mas não vamos adiantar a conclusão.

A primeira decisão amplamente conhecida como o marco inicial dessa “revolução” é *Mapp v. Ohio*,¹⁸² que exigiu das Cortes Estaduais a exclusão de evidências (provas) obtidas em violação ao devido processo legal, previsto na 14ª emenda, como as cortes federais já faziam desde 1914.¹⁸³

Mapp foi uma decisão muito relevante, para alguns a mais significativa limitação imposta aos Estados em matéria de procedimentos criminais em uma única decisão.¹⁸⁴ Ela foi criticada por muitos, desde o Presidente da Associação de Advogados dos EUA, que entendeu que Mapp retirou a autonomia dos Estados na administração da justiça, até as polícias por todo o país, que alegaram que a decisão colocava um sério obstáculo na consecução da justiça e na aplicação da lei, e passaram a culpá-la por tudo: desde uma onda de roubos em Minneapolis até a diminuição das condenações por tráfico de narcóticos em Nova York.¹⁸⁵

Por conta das muitas vozes que se levantaram contra a decisão, Mapp é considerada, junto com *Miranda v. Arizona*,¹⁸⁶ a decisão mais impopular sobre processo criminal da história da Suprema Corte americana, o que a caracteriza, em princípio, como um clássico exemplo de decisão contramajoritária.

Mas, se colocada em perspectiva, Mapp certamente é muito menos contramajoritária e impopular do que o conhecimento convencional leva a crer.

Dollree Mapp era uma mulher que vivia em uma pensão em Cleveland e estava sendo investigada por esconder um suspeito de cometer um crime com uma bomba. Quando a polícia chegou a sua casa para entrar, ela, instruída por seu advogado, exigiu o mandado judicial. Os policiais zombaram de seu pedido, invadiram a casa quebrando os vidros, e entregaram-lhe um papel que não era um mandado. Houve discussão e eles a algemaram para fazer a busca do suspeito, que não foi encontrado. No entanto, no porão foram encontrados supostos materiais pornográficos, o que a levou a ser indiciada e posteriormente condenada a um a sete anos de prisão. No final das contas, provou-se que os policiais não tinham um mandado. Mas isso era irrelevante à época, já que a decisão *Wolf v. Colorado* (revertida em Mapp) permitia aos estados aplicar ou não a exclusão de provas ilícitas (*exclusionary rule*), e estados como Ohio podiam condenar réus com base

¹⁸² 367 U.S. 643 (1961).

¹⁸³ LAIN, Corinna Barrett. Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court's role in the Criminal Procedure Revolution, Op. cit p. 1373.

¹⁸⁴ Idem.,

¹⁸⁵ Ibid.,p. 1374.

¹⁸⁶ 384 U.S. 436 (1966).

em provas obtidas ilegalmente. Wolf tinha se tornado uma permissão oficial para a polícia violar a lei.¹⁸⁷

Em 1954, a Corte teve uma oportunidade de reverter Wolf no caso *Irvine v. California*,¹⁸⁸ em que a polícia instalou secretamente um microfone no quarto de Irvine e passou mais de um mês investigando a vida íntima do réu sem qualquer mandado ou autorização judicial, para em seguida processá-lo por aposta ilegal. Mesmo diante de uma conduta tão manifestamente ilegal, que inclusive deixou os membros da Suprema Corte revoltados, a decisão da mais alta corte do país confirmou a condenação do réu alegando que apesar da conduta da polícia, ela não teria sido suficientemente desproporcional para exigir a sua intervenção. Em 1954, a Corte sequer cogitou reverter Wolf.

Qual seria a explicação para uma mudança tão radical de pensamento em apenas seis anos? Para Corinna Lain, o fundamental não foi a mudança de composição da corte entre 1954 e 1961 (até porque a mudança da composição não explicaria a mudança de posição dos *Justices Black* e *Warren*, que estiveram com a maioria em *Mapp*, mas haviam estado com a maioria, respectivamente, em *Wolf*, e em *Irvine*, mudando de posição).¹⁸⁹ Algo além da composição da Corte fez os juízes sequer cogitarem reverter Wolf em *Irvine*, mas reverterem esse precedente seis anos depois em *Mapp*.

Em uma frase, a mudança de entendimento da Suprema Corte acompanhou as mudanças nos contextos legal e sociocultural que estavam acontecendo no país, que tornaram a população de uma maneira geral mais sensível à necessidade de proteger os acusados em processos criminais, associados no inconsciente coletivo a pessoas pobres e da cor negra.¹⁹⁰

¹⁸⁷ LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution”, Op. cit., pp. 1374-1376.

¹⁸⁸ 347 U.S. 128 (1954).

¹⁸⁹ LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution”, Op. cit., pp. 1378-1379. Segundo Corinna Lain, a mudança na composição da Corte entre *Irvine* e *Mapp* não explica a mudança radical de posição. Primeiro porque apenas um dos quatro novos nomeados nesse período era consideravelmente liberal: Justice Brennan. Os outros três, Justice Harlan, Justice Whittaker e Justice Stewart eram considerados conservadores. Segundo porque a maioria em *Mapp* foi composta por dois membros que mudaram de posição: Justice Black compôs a maioria em *Wolf*, e o Chief Justice Warren participou da maioria em *Irvine*, e ambos estavam do lado da maioria em *Mapp*. Além disso, foi o conservador Justice Clark o autor da opinião da Corte em *Mapp*. Por tudo isso, a mudança de posição da Corte precisa ser explicada por outras razões, não pela mudança de composição da Corte.

¹⁹⁰ Idem., Em 1961, a Suprema Corte americana já havia decidido *Brown v. Board of Education* (Brown foi decidida em 1954, mesmo ano de *Irvine*); o movimento dos Direitos Civis estava em pleno vapor, e a conexão entre brutalidade policial e racismo estava cada vez mais nítida, como apontou – também em 1961 – uma comissão sobre direitos civis que investigou a relação entre esses temas; e o Governo Kennedy se mostrava cada vez menos paciente com a resistência à desegregação dos estados do Sul, que usavam, como dito, a liberdade na administração da Justiça para sistematicamente discriminar negros e pobres. Além disso, a década de 1950 representou a afirmação da liberdade americana, da promoção da democracia, do sonho do

Essa mudança no sentimento popular se refletiu na crescente aceitação por parte dos Estados da regra da exclusão de provas ilícitas. Em 1949, quando *Wolf* foi decidido, apenas um terço dos estados utilizava a referida regra. Em 1961, quando *Mapp* foi decidido, mais da metade dos estados americanos (26) adotava a regra da exclusão nos procedimentos criminais, e nenhum estado a rejeitava expressamente.¹⁹¹ Particularmente importante para a reversão do precedente foi a mudança da jurisprudência da Suprema Corte da Califórnia, que passou a adotar a exclusão de provas ilícitas no ano seguinte à decisão da Suprema Corte Federal em *Irvine*, o que foi mencionado expressamente pela maioria em *Mapp*.¹⁹²

O sentimento, naquele momento, da opinião pública e do executivo federal era favorável à universalização das garantias do processo penal, como ficou claro pelo total apoio à decisão dado pelo *New York Times* e por outros jornais liberais, que evidenciavam o sentimento doutrinário e social de crescente intolerância aos abusos policiais.¹⁹³

Então, *Mapp* foi decidida em um contexto em que (i) mais da metade dos estados já havia absorvido a regra de exclusão; (ii) a nação como um todo estava menos tolerante com abusos policiais que ecoavam práticas totalitárias de países considerados inimigos; (iii) o sentimento de unidade nacional era crescente e tornava o argumento da autonomia estadual ainda mais fraco e (iv) o movimento dos direitos civis expandia o sentimento de que havia discriminação na relação policial com negros ao mesmo tempo que sensibilizava a nação para uma classe que era rotineiramente desconsiderada: os réus criminais.

Por tudo isso, embora *Mapp* tenha levantado muitas discussões e não tenha sido absolutamente majoritária, ela está longe de ser uma decisão contramajoritária como se divulga. Como sintetiza Lain:

Given the exclusionary rule's growing popularity among the states by 1961, it is worth noting even at this juncture of the analysis that *Mapp* was not the aggressively countermajoritarian decision scholars thus far have thought it to be.

“self made man”, e do início da Guerra Fria, produtos de exportação americana que tornavam a população especialmente contrária a modelos de estados totalitários repletos de abusos da máquina estatal, representados pelos nazistas alemães e pela KGB soviética.

¹⁹¹ LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution”, Op. cit., p. 1380. Entre esses anos, 2 estados foram criados – e adotaram a regra – (Havai e Alaska) e 6 estados mudaram de lado. 4 deles aprovando leis (Alabama, Maryland, North Carolina e Rhode Island) e dois deles por decisão judicial (Califórnia e Delaware). Em Rhode Island, a lei foi aprovada um ano depois que um juiz rejeitou a regra da exclusão. Califórnia e Delaware superaram todo um histórico de precedentes e adotaram a regra.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ Ibid., p. 1382.

By the time the Court decided *Mapp*, a solid half of the states had already adopted the exclusionary rule, with the trend among them unmistakably in favor of the Court's decision. Indeed, no state to consider the exclusionary rule after 1949 rejected it (despite *Wolf's* tacit encouragement to do so), while most of those adopting it used majoritarian politics to effectuate the change. With California's prestige behind the exclusionary rule as of 1955, the rule's momentum was, as the Court itself noted in 1960, "seemingly inexorable". It would appear, then that the Supreme Court's decision in *Mapp* coincided with an emerging national consensus on the exclusionary rule...¹⁹⁴

O segundo caso paradigmático da “revolução do processo criminal” é *Gideon v. Wainwright*.¹⁹⁵ A história convencional de Gideon ressalta a preocupação da Corte de Warren em defender um pobre deixado a própria sorte, garantindo a ele o direito – previsto na sexta emenda - à defesa por um advogado público. Considerando que a vasta maioria dos réus em ações penais são indigentes ou fazem jus a um advogado público, a decisão de fato teve um enorme impacto na administração da Justiça dos Estados.¹⁹⁶ A ponto do *Chief Justice* Warren considerar Gideon a terceira decisão mais importante de seu período a frente da Suprema Corte, perdendo apenas para *Brown* e as decisões de redistribuição dos distritos eleitorais.¹⁹⁷ Pela sua relevância e pelo impacto que gerou, Gideon também é considerada parte da narrativa da Suprema Corte contramajoritária, protetora dos fracos e oprimidos. Contudo, também aqui a narrativa convencional merece ser revista.

Clarence Gideon era um homem pobre e branco de 51 anos sem perspectivas significativas na vida. Morador da Flórida, sua história se resumia a uma sequência de quatro pequenas condenações por furto e jogo, sem maiores consequências. Gideon foi acusado de invadir uma piscina de um clube em Panama City, Florida. Ciente da acusação, o réu pediu que a Corte lhe nomeasse um advogado, o que lhe foi negado. Sem advogado, Gideon foi condenado a cinco anos de prisão. Mas ele não desistiu e, da prisão, redigiu de próprio punho uma petição à Suprema Corte pedindo que o Estado lhe fornecesse um advogado. A Suprema Corte recebeu seu caso e nomeou um dos mais importantes advogados de Washington para representá-lo: Abe Fortas. No julgamento, a Suprema Corte reverteu o precedente estabelecido em *Betts v. Brady*,¹⁹⁸ e incorporou a garantia da defesa por um advogado à décima quarta emenda, obrigando os Estados a se adequarem a

¹⁹⁴ LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court's role in the Criminal Procedure Revolution”, Op. cit., p. 1381.

¹⁹⁵ 384 U.S. 436 (1966).

¹⁹⁶ LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court's role in the Criminal Procedure Revolution”, Op. cit., pp. 1389-1390.

¹⁹⁷ Idem.

¹⁹⁸ 316 U.S. 455 (1942)

essa exigência. Na sequência, Gideon teve um novo julgamento na Flórida e foi absolvido.¹⁹⁹

Em razão dessa decisão, muitos outros condenados ou réus que não tinham tido assistência jurídica tiveram direito a novos julgamentos. Sem dúvida Gideon é uma decisão paradigmática, e representa, para alguns, o ápice da democracia americana. A Corte mais alta do país alcançando aquele que representa como nenhuma outra pessoa o “little man”.²⁰⁰

Apesar de tudo isso, Gideon não pode, por nenhum parâmetro, ser considerada uma decisão contramajoritária, e alguns dados servem para comprovar isso. Quando a Suprema Corte decidiu Gideon, todos os Estados americanos, exceto cinco – Flórida, Alabama, Mississippi, Carolina do Norte e Carolina do Sul – já garantiam assistência jurídica gratuita aos necessitados. Mesmo o Estado da Flórida já concedia essa assistência em alguns lugares, embora não na cidade em que ocorreu o caso. O consenso em torno do tema era tão grande que vinte dois advogados gerais de Estados peticionaram como *amicus curiae* a favor de Gideon, e apenas dois estados – Alabama e Carolina do Norte – peticionaram como *amicus curiae* contra ele.²⁰¹

A decisão – unânime - foi uma das mais populares da Corte de Warren – apoiada e celebrada por jornais, pela televisão, e pelos acadêmicos, acabou se tornando um filme em função de tamanha popularidade.²⁰² Nem mesmo a Corte de Burger, que realizou a contra-revolução na década de 1970, reverteu Gideon.

Mas a reversão da decisão foi mais do que uma questão de precedentes. O contexto extralegal em torno de Gideon indicava exatamente o resultado tomado pela Corte. Assim como dissemos em Mapp, a expansão do movimento dos direitos civis também influenciou Gideon. Afinal, embora no caso o réu fosse branco, era impossível não associar a discriminação racial no procedimento penal com o fato de que apenas estados do sul ainda não garantiam advogados a réus indigentes.²⁰³ A decisão em Gideon não apenas garantia aos negros pobres do sul o direito a um advogado, como também aumentava as chances de que os abusos cometidos nesses estados diminuíssem.

Mas não foi apenas o crescimento do movimento dos direitos sociais que tornou a decisão em Gideon amplamente apoiada. Concomitante a esse movimento houve nos EUA

¹⁹⁹ LAIN, Corinna Barrett. Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution, Op. cit., pp. 1390-1391.

²⁰⁰ Ibid., p. 1392.

²⁰¹ Idem.,

²⁰² Ibid.,, p. 1392-1393.

²⁰³ Ibid., p. 1396.

o crescimento da conscientização acerca da pobreza. O livro *“The other America”* escrito em 1962 por Michael Harrington teve um impacto profundo no sentimento nacional. Além disso, o momento histórico era extremamente simpático a esse tipo de conscientização: por um lado, o país estava a uma geração da grande depressão, e muitos ainda lembravam como era se sentir pobre; por outro lado, o final da década de 50 e início da década de 60 foram um dos períodos mais prósperos dos EUA – muitos lucros e salários em crescimento acelerado. Os americanos estavam ficando ricos e abertos à ideia de repartir parte do bolo.²⁰⁴

Tanto que algumas semanas antes de Gideon ser decidida em 1963, um comitê criado pelo presidente Kennedy recomendou que fosse apoiada e produzida uma legislação federal para custear a representação de indigentes nas cortes federais, e, no ano seguinte, Lyndon Johnson declarou a famosa “guerra à pobreza”. Ou seja, o executivo federal apoiava a ideia do custeio público de advogados para os necessitados.²⁰⁵

Um dado final ressalta como a Corte de Warren considerava os possíveis impactos de suas decisões na sua popularidade. Embora antes de Gideon a Suprema Corte já estivesse considerando superar *Betts*, ela deixou passar um caso em que poderia ter feito isso, *Carnley v. Cochran*,²⁰⁶ porque o réu estava sendo acusado de praticar relações sexuais incestuosas com a sua filha de treze anos. Há testemunhos de conversas em que o *Justice Frankfurter* teria dito que “não podia imaginar um caso pior para ser utilizado como paradigma para reverter *Betts*”.²⁰⁷

Em suma, se é verdade que em Gideon a Suprema Corte protegeu um pária da sociedade, não é menos verdade que ela o defendeu com o apoio da grande maioria da nação. Havia um consenso nacional pela extensão das garantias fundamentais aos negros e pobres, e Gideon forneceu à Corte o caso “perfeito” para transformar a opinião majoritária em direito. Os únicos interesses contrariados por Gideon foram dos estados do sul que – assim como em *Mapp* – estavam em descompasso com o resto da nação. A perpetuação da cultura racista desses estados era a verdadeira força contramajoritária em relação ao resto país.

Mapp e Gideon foram, portanto, decisões majoritárias. Embora até certo ponto mereçam o título de “revolucionárias”, em razão da sua saliência e significado, elas não

²⁰⁴ LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution”, Op. cit., p. 1397.

²⁰⁵ Ibid., p. 1398.

²⁰⁶ 369 U.S. 506 (1962).

²⁰⁷ LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution”, Op. cit., p. 1391.

contrariaram a opinião pública, nem a vontade do Poder Executivo federal ou da maioria dos Estados. O mesmo não pode ser dito de *Miranda v. Arizona*.

Para Lain, *Miranda* é a única decisão verdadeiramente contramajoritária dentre as analisadas em seu estudo. Ainda segundo ela, talvez seja a mais contramajoritária relacionada a procedimentos criminais na história da Suprema Corte. Quando *Miranda* foi decidida, em junho de 1966, só três estados exigiam que os direitos de um suspeito lhes fosse apresentado antes do interrogatório. E os outros quarenta e sete aparentemente não deixavam de garantir esse direito por simples omissão, como fica claro quando se percebe que vinte e seis advogados gerais de Estados se apresentaram como *amicus curiae* em *Miranda* pedindo para a Suprema Corte não impor nenhuma nova restrição constitucional à admissibilidade de confissões. Também aqui as polícias locais reagiram de forma veementemente contra novas restrições, mas ao contrário das decisões proferidas em *Mapp* e *Gideon*, em *Miranda* pesquisas de opinião pública da época apontavam que duas em cada três pessoas desaprovavam a decisão. *Miranda* foi tão impopular que em 1968 o Congresso tentou aprovar uma lei para superá-la, e Richard Nixon usou esse ressentimento como parte de sua campanha focada no movimento de lei e ordem.²⁰⁸

Contudo, se analisada em contexto, *Miranda* certamente não foi, ou pelo menos não parecia ser para os membros da Corte, tão fortemente contramajoritária quanto muitos a concebem hoje.

Se considerarmos que a Suprema Corte já vinha envidando esforços para conter abusos policiais em interrogatórios e na detenção de suspeitos pelo menos desde 1936, em *Brown v. Mississippi*,²⁰⁹ tendo gradativamente ampliado as limitações à realização de interrogatórios coercitivos e à obtenção de “confissões” forçadas em decisões como *Escobedo v. Illinois*²¹⁰, e que os resultados práticos continuavam insatisfatórios, a tendência era que as regras relacionadas ao interrogatório ficassem cada vez mais claras e restritas. De fato, quando a Corte de Warren admitiu *Miranda v. Arizona*, muitos achavam que a decisão seria no sentido de proibir qualquer tipo de interrogatório sem a presença de um advogado. A decisão, como se sabe, não chegou a esse ponto, exigindo apenas que a polícia dissesse quatro avisos ao interrogado antes de praticar qualquer ato.²¹¹ E mais,

²⁰⁸ LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution”, Op. cit., pp. 1399-1400.

²⁰⁹ 297 U.S. 278 (1936).

²¹⁰ 378 U.S. 478 (1964).

²¹¹ LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution”, Op. cit., p. 1407. A título de curiosidade, a autora cita no rodapé 248 a redação que a decisão deu aos famosos avisos: “[A defendant] must be warned prior to any questioning that

preocupados em gerar o mínimo possível de impacto, a Corte se recusou a conceder a Miranda efeitos retroativos, uma limitação sem precedentes na jurisprudência criminal daquela Corte. Por tudo isso, *Justice Fortas* descreveu Miranda como uma decisão “conservadora” logo depois que a Corte a proferiu.²¹²

Junte-se a isso dois fatos: a aprovação pública das instituições policiais atingira no início de 1966 o mais baixo nível até então registrado – muito em função da brutalidade e desrespeito apresentados pelas polícias dos estados do sul durante o movimento pelos direitos civis –²¹³ e muitas instituições de prestígio como o Instituto de Direito Americano (“*American Law Institute*”) vinham estudando e preparando propostas de mudanças na condução dos interrogatórios policiais – apontado por muitos como problemático e abusivo,²¹⁴ e é possível compreender que nem mesmo Miranda foi tão agressivamente contramajoritária como se imagina.

Na verdade, *Miranda v. Arizona* ajuda a ilustrar bem o ponto que faremos ao longo desta dissertação. Naquele momento, em que não se sabia exatamente o que aconteceria no futuro, Miranda era perfeitamente compreensível e se encaixava com naturalidade na narrativa que vinha sendo construída pela Suprema Corte até então, com membros da elite legal apoiando o resultado,²¹⁵ e alguns acadêmicos até mesmo considerando a decisão mais tímida do que o esperado.²¹⁶ Em outras palavras, os membros da Corte de Warren não perceberam Miranda como uma decisão contramajoritária, e há certa dose de verdade quando se admite que no exato momento em que foi proferida, Miranda sequer o era.²¹⁷

No entanto, os anos de 1966 e 1968 representaram o início da ruptura com a defesa das liberdades e a expansão da igualdade: o crescimento contínuo de índices de criminalidade, que explodiram em 1967 e em 1968,²¹⁸ conjugado com a diminuição contínua da prosperidade econômica, fizeram as atenções da nação se voltarem cada vez mais para o controle da criminalidade e cada vez menos para o fim da discriminação e da

he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires.”

²¹² *Ibid.*, p. 1407.

²¹³ *Ibid.*, p. 1415.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 1409.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 1427.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 1421.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 1424.

²¹⁸ LAIN, Corinna Barrett. “Counter-majoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution, *Op. cit.*”, p. 1418.

pobreza.²¹⁹ Se no ano em que foi proferida (1966), talvez seja possível sustentar que Miranda não era tão contramajoritária, o mesmo não pode ser dito da percepção geral dois anos depois (1968), ano em que a lei “*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*” foi aprovada pela grande maioria dos membros da *House* e do Senado com o propósito explícito de superar legislativamente a decisão em Miranda.²²⁰

Segundo Lain, esse contexto histórico evidencia a falta de inclinação da Suprema Corte para uma atuação contramajoritária.²²¹ Primeiro porque no momento em que foi proferida, os membros da Corte de Warren não vislumbraram Miranda como uma decisão agressivamente contramajoritária, embora ela de fato estivesse a frente do seu tempo, pelo menos em relação à maioria dos Estados; Segundo porque, ainda que se reconheça que ela se tornou contramajoritária em um curto espaço de tempo, as consequências dessa mutação apenas confirmam a incapacidade contramajoritária: mesmo não tão agressivamente contramajoritária, Miranda foi veementemente atacada e superada por uma lei dois anos depois, sem que a Corte de Warren tenha cogitado declarar a reversão inconstitucional.²²²

Os poucos momentos históricos em que se vislumbra uma atuação da Suprema Corte americana contramajoritária são, como será visto no último capítulo, períodos de transição em que o Judiciário ainda está focado nos paradigmas e conceitos do momento anterior e acaba perdendo a sintonia com o resto dos poderes, que se adaptam mais rapidamente em função da sua natureza mais diretamente majoritária. Miranda pode ser vista nesse contexto, como o último suspiro de um período em que a opinião pública e os poderes eleitos clamavam pela expansão das garantias processuais penais e pela redução da desigualdade racial e econômica.

Apesar de em geral o Judiciário demorar a se adaptar às novas circunstâncias, a Corte de Warren demonstrou uma sensibilidade enorme às demandas da opinião pública e dos poderes eleitos ao se afastar da sua posição mais liberal quando ficou claro que o movimento de “lei e ordem” se expandia de forma irreversível. As duas últimas decisões analisadas por Corinna Lain, *Katz v. United States*²²³ e *Terry v. Ohio*²²⁴ demonstram a capitulação diante das pressões conservadoras.

²¹⁹ Ibid., p. 1428. “Indeed, by early 1968, crime had eclipsed civil rights as America’s top domestic problem – a first since public opinion polling began in the 1930s.”

²²⁰ Ibid., p. 1426.

²²¹ Ibid., p. 1427.

²²² Ibid., p. 1426. Apenas em 2000, no caso *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428, 432 (2000) a Suprema Corte estabeleceu que a lei de 1968 não poderia ter superado Miranda.

²²³ 389 U.S. 347 (1967).

Esse recuo demonstra principalmente a atuação estratégica da Corte, que fez concessões ao movimento da “lei e ordem” justamente quando a sua composição se tornou ainda mais liberal e progressista, com a entrada do ativista dos direitos civis Thurgood Marshall, em junho de 1967, no lugar do mais moderado Tom Clark.²²⁵

Katz foi tão consensual que os três membros conservadores da Corte acompanharam a maioria, e um deles, Stewart, foi o redator da decisão, que simplesmente adequou a doutrina do direito a privacidade às mudanças tecnológicas que vinham ocorrendo, superando *Olmstead v. United States*.²²⁶ Até então, a violação à privacidade era medida a partir da invasão da propriedade privada. Contudo, em meados da década de 1960, a polícia já realizava investigações com aparelhos eletrônicos, escutas, etc. E a manutenção da jurisprudência relacionada à propriedade estava gerando decisões que beiravam o absurdo.²²⁷ O direito à privacidade se relaciona ao indivíduo e o acompanha independente da propriedade.

Mas o que fez de Katz uma vitória conservadora não foi essa simples adequação. Antes da decisão, havia uma preocupação dos conservadores e defensores do movimento “lei e ordem” de que a Corte de Warren, ao vincular o direito a privacidade ao indivíduo e não à invasão de propriedade, eventualmente declarasse todas as novas tecnologias de investigação inconstitucionais. Mas a Corte fez o oposto disso, estabelecendo que elas poderiam ser usadas, sendo necessária tão somente uma autorização judicial prévia.²²⁸ A decisão da Corte estava tão alinhada com o pensamento majoritário, que seu conteúdo era semelhante ao de um projeto de lei que tramitava no Congresso e foi aprovado seis meses depois da decisão.²²⁹

²²⁴ 392 U.S. 1 (1968).

²²⁵ LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution”, Op. cit., p. 1427 “If, as I have argued, the Supreme Court is moved by the same social and political currents that move the rest of society, one would expect the nation’s focus on crime in the late 1960s to have produced more conservative rulings from the Court on criminal justice issues, despite its stronger than ever liberal membership. In fact, that is exactly what happened.” p. 1429

²²⁶ 277 U.S. 438 (1928).

²²⁷ LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution”, Op. cit., p. 1432. “In the late 1950s, technological advances in eavesdropping equipment made it possible to overhear the most intimate of conversations without actually trespassing onto a person’s property, and that led to Fourth Amendment decisions in the early- to mid-1960s that bordered on the absurd. Because *Olmstead* required a physical trespass to implicate the Fourth Amendment, the Court affirmed convictions where the police obtained evidence by attaching a listening device to the defendant’s outer wall, and reversed where the evidence was obtained by a device that penetrated it.”

²²⁸ LAIN, Corinna Barrett. Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution, Op. cit., pp. 1435-1436.

²²⁹ *Ibid.*, p. 1438.

Katz foi surpreendente por ter sido tão aderente à opinião pública majoritária, mas ainda assim, a Corte foi fiel a sua postura de proteção das liberdades individuais: afinal, exigiu a autorização judicial prévia. Em *Terry v. Ohio*, a última das grandes decisões que integram a “revolução do processo penal”, a Corte foi ainda mais deferente à vontade majoritária, e ciente das pressões que podia sofrer, abandonou completamente sua posição de defensora das liberdades e dos direitos civis. Essas duas decisões se afastaram tanto do que se esperava da Corte de Warren que muitos dividem a análise da sua jurisprudência em questões processuais penais em duas fases para distinguir esse período final dos primeiros anos da Corte.

Antes de *Terry*, para determinar se uma busca e apreensão era razoável e constitucional à luz da quarta emenda, havia dois requisitos: primeiro, deveria haver um mandado, e, nas raras exceções em que a Corte admitia uma busca e apreensão sem mandado, era fundamental que houvesse uma probabilidade grande de causalidade. Mas *Terry* mudou tudo isso e pela primeira vez em sua história, a Corte reconheceu que uma busca e apreensão no contexto criminal poderia ser razoável mesmo que não estivessem presentes indícios de materialidade.²³⁰

Terry deu às forças policiais praticamente tudo que elas queriam e foi uma decisão extremamente favorável ao movimento “lei e ordem”. Certamente um retrocesso total em relação à posição que a Corte adotou em *Miranda* – decidida apenas dois anos antes. Se naquele primeiro momento a tendência era desconfiar das forças policiais e conter seus ímpetos incriminadores, em *Terry* a Corte fez exatamente o contrário: flexibilizou um dos mais importantes limites à atuação policial.²³¹

É difícil acreditar que ambas foram escritas pelo mesmo *Chief Justice Warren*, cujo tom nas decisões demonstra claramente uma mudança de percepção, absolutamente sincronizada com a mudança de tom da sociedade: da impaciência com os abusos policiais em *Miranda*, para uma decisão em *Terry* cujo objetivo maior era auxiliá-los na redução da criminalidade.²³²

Em 1968, a mídia explorou o movimento dos panteras negras e os múltiplos casos de protestos e atos de vandalismo cometidos por negros para enterrar de vez o movimento dos direitos civis. Os assassinatos de Martin Luther King e de Bobby Kennedy contribuíram ainda mais para a sensação de falta de segurança, levando muitos a

²³⁰ *Ibid.*, pp. 1439-1440.

²³¹ *Ibid.*, p. 1444.

²³² LAIN, Corinna Barrett. Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court's role in the Criminal Procedure Revolution, *Op. cit.*, p. 1444

acreditarem que o país estava a beira de um colapso. A essa altura, a opinião pública não hostilizava mais as forças policiais, a pressão em torno da “lei e ordem” se tornou irresistível, o Congresso aprovou uma lei cujo objetivo era superar Miranda e a Suprema Corte se viu entre duas opções: atuar de forma heroica e contramajoritária, expandindo as garantias processuais e limitando as possibilidades da polícia ou curvar-se ao sentimento público e aderir aos interesses policiais.²³³

A Corte de Warren optou por não atuar contramajoritariamente. Ainda que não se saiba se a mudança refletiu uma atuação estratégica de recuo perante a opinião pública ou a genuína preocupação com o tema, o fato é que os membros da Corte não queriam ser conhecidos por serem os responsáveis por amarrar as mãos da polícia em um momento tão delicado.

Para Corinna Lain, o recuo da Corte de Warren é a prova máxima do ditado que diz que “as Cortes amam a liberdade mais quanto menos pressionadas estão”. Esse fato exposto pelas análises descritivas é um paradoxo de difícil resolução para as teorias constitucionais normativas: quando as liberdades estão sendo mais violadas e há mais necessidade de uma atuação contramajoritária, o Judiciário é menos capaz de atuar dessa forma. Na síntese da autora, na verdade, a capacidade da Suprema Corte de atuar de forma heroica ou contramajoritária é extremamente limitada, próxima a “zero”:

In *Terry*, the Supreme Court had the perfect opportunity to play the role of countermajoritarian hero. It chose not to. Instead, the Court capitulated to law enforcement interests, proving true the adage that “courts love liberty most when it is under pressure least.” As much as any landmark decision of the criminal procedure revolution, *Terry* demonstrates that the Court is a product of its time. (...)

As such, the Court’s capacity for playing a countermajoritarian role is extremely limited – closer, in fact, to zero than the romantic hero we all tend to imagine.²³⁴

A leitura de Lain é consistente com a visão de Rogers, para quem a Corte de Warren recuou de sua jurisprudência mais “ativista” assim que as ameaças de retaliação feitas pelo Congresso começaram a parecer menos retóricas e mais próximas de efetivamente serem realizadas.²³⁵ Ou seja, nem mesmo a Corte de Warren, aquela que serviu simbolizou como nenhuma outra a defesa de minorias e excluídos, e que inspirou muitos dos grandes defensores do controle de constitucionalidade da segunda metade do século XX, como Dworkin e John Hart Ely, foi contramajoritária.

²³³ Ibid., pp. 1446-1449.

²³⁴ Ibid., p. 1450 e p. 1452.

²³⁵ ROGERS, James R. “Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Executive Interaction.” *American Journal of Political Science* 45. p. 97, nota de rodapé nº 27.

1.6.3.4. Performance contramajoritária na crise: De Korematsu à Guerra ao Terror

A experiência americana é ilustrativa também em outra situação em que a premissa do Guardiã Entrincheirado é posta a prova e a proteção de minorias fica especialmente fragilizada nas arenas majoritárias: os períodos de guerra. A guerra costuma criar uma animosidade em relação aos descendentes do inimigo, ou mesmo a outros grupos culturalmente identificados com esse, e o estado de emergência tende a reprimir direitos e liberdades individuais. Em princípio, o Poder Judiciário, com suas garantias de independência, deveria ser um contraponto a essa postura normalmente assumida pelo Executivo e Legislativo, determinando o seu agir somente de acordo com a Constituição, as leis e os precedentes. Não é isso, contudo, que costuma ocorrer. Nosso objetivo é estudar como a Suprema Corte Americana atuou durante esses momentos para mostrar que, ao contrário do que a teoria constitucional assume como verdade, o Judiciário não é capaz de proteger essas minorias da “tirania da maioria”. A performance dessa Corte em períodos de guerra confirma, mais uma vez, a incapacidade contramajoritária.

Como demonstra o estudo de Epstein, Ho, King e Segal, “*The Supreme Silence During War*”,²³⁶ a Corte Constitucional norte-americana, ao estar diante de uma conjuntura de emergência, tende a assumir uma postura de acatamento e submissão quando é chamada a rever ações e decisões do governo, e além disso, tende a restringir mais as liberdades e direitos em relação aos períodos de paz.

Analisando o período pós 11 de setembro, conhecido como “Guerra ao Terror”, Owen Fiss chega à mesma conclusão de que a jurisprudência da Suprema Corte foi conivente com abusos perpetrados pelo governo e com a expansão do poder do Executivo federal para além dos limites constitucionais, o que, para ele, fragiliza aspectos fundamentais do Estado de Direito.²³⁷

Epstein *et al* elencam algumas razões para a subserviência do Judiciário, dentre elas (i) os poderes constitucionais conferidos somente a Executivo e Legislativo durante esses períodos acarretam um desequilíbrio entre ambas as instituições e o Judiciário, tornando este último ainda mais fraco nessas situações, como evidente em *Hirabayashi v.*

²³⁶ EPSTEIN, Lee. HO, Daniel E., KING, Gary. SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Silence During War*. pp. 1-93.

²³⁷ FISS, Owen. “The War Against Terrorism and the Rule of Law”. *Oxford Journal of Legal Studies*. V. 26, Nº 2 (2006), pp. 235-256.

United States;²³⁸ (ii) a necessidade governamental de falar a uma só voz em relação a assuntos estrangeiros sensibiliza o judiciário e o torna mais propenso a buscar uma unidade com os demais poderes, conforme se infere de *United States vs. Curtiss-Wright Export Corp*;²³⁹ (iii) os interesses do governo em certas ações são ainda mais fortes e evidentes, como em *Korematsu*;²⁴⁰ (iv) dadas as circunstâncias, o Judiciário fica ainda mais preocupado em se legitimar como instituição perante o Executivo e Legislativo;²⁴¹ e, por fim, (v) o patriotismo que assola determinados juízes, optando por dar prevalência à segurança nacional, em detrimento das liberdades e direitos das pessoas.²⁴²

²³⁸ “Constitutional sources for the crisis jurisprudence may be broadly based in the emergency powers granted to the executive and legislature. While the Constitution vests military power to conduct war to the President as the Comander Chef, and vests general war power to Congress, the Constitution remains silent as the role of the judiciary during times of war. The Court has thereby crafted a war powers doctrine that grants broad latitude to the government in times of crisis, including the balancing of guarantees in the Bill of Rights against security concerns. Indeed it was precisely this constitutional reasoning on which Supreme Court relied on in *Hirabayashi v. United States*” EPSTEIN, Lee. HO, Daniel E., KING, Gary. SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Silence During War*, Op. Cit., pp. 15-16.

²³⁹ “Further jurisprudential sources of the crisis thesis may be found in the general judicial deference in areas of foreign affairs. The Court has often noted the need for the government to speak with one voice in foreign affairs. In *United States vs. Curtiss-Wright Export Corp*, the Court upheld President Roosevelt’s arms ban, stressing in well-known dictum the ‘very delicate, plenary and exclusive power of the President as the solve organ of the federal government in the field of international relations.’ Since the conduct of warfare clearly falls under the umbrella of interstate relations, the Court my entrust governmental actions under the auspices of war as falling under this ‘plenary and exclusive power.’ And again this power could affect potentially vast areas of the law potentially related to the war effort.” EPSTEIN, Lee. HO, Daniel E., KING, Gary. SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Silence During War*, Op. Cit., pp. 17-18.

²⁴⁰ “Most generally, under any constitutional review standard for a claim, the assertion of a government objective may certainly be easier in times of crisis. Take the case, for example, of equal protection. In *Korematsu*, curtailments based on racial classifications were justified under ‘pressing public necessity’ of the military power to prevent espionage and sabotage. Similarly, under modern equal protection doctrine, the compelling state interest of national security in the war effort may be asserted to justify suspect classification of enemy groups. An acceptance by the Court of this theory of government objective during times of crises may certainly lead to different outcomes in war than in peace, and thereby tip the balancing scale in vast areas of constitutional law, such as due process, federalism, takings, and equal protection.” EPSTEIN, Lee. HO, Daniel E., KING, Gary. SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Silence During War*, Op. Cit., pp. 18-19.

²⁴¹ “A second broad mechanism that may trigger the response anticipated by the crisis thesis is a perceived concern on the parte of the justices for the legitimacy of their institution. By this mechanism, Court members might bend to the preferences of other relevant actors – be they members of Congress, the President, or public opinion – to suppress rights and liberties during times of crisis even if that is not their sincere desire. Failure to do so could generate a host of responses – ranging from noncompliance with or even downright defiance of specific decisions to efforts to remove their jurisdiction to hear particular classes of cases to attempts to impeach justices – that would not only make it difficult for them to achieve their short-term policy or jurisprudential goals but affect their institution’s ability to function effectively in the long run as well. (...) In sum, when the other governmental branches can credibly threaten either to circumvent or to ignore disliked outcomes, appellate courts and the Supreme Court alike may exercise their ‘passive virtues’. Rather than wasting their resources, as Alexander Bickel warned, on ‘ineffective judgments’, the courts may assume a more deferential stance. Institutional legitimacy may thereby become an implicit decision calculus that leads to decide differently during times of war.” EPSTEIN, Lee. HO, Daniel E., KING, Gary. SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Silence During War*, Op. Cit., pp. 19-20.

²⁴² “A third mechanism that may trigger the crisis response is far simpler: a patriotic fervor on the part of justices manifesting itself in an attitudinal alteration. On this mechanism, it is entirely possible, perhaps even likely, that a justice for much of his or her career, could hold a preference supporting rights and liberties but that preference could change in light of, say, a national emergency. Grossman again suggests as much when

Fazendo um comparativo entre decisões extremamente semelhantes proferidas em tempos de crise e em tempos de paz, Epstein, Ho, King e Segal concluem que a probabilidade de a Suprema Corte decidir um caso em favor de quem pleiteia um direito cai, em média, em 15% (quinze por cento) em períodos de guerra, evidenciando que os juízes, de fato, são mais propícios a restringir direitos ao longo dessas conjunturas,²⁴³ embora essa porcentagem varie de acordo com o assunto que está sendo tratado.²⁴⁴

Relevante exemplo da história norte-americana encontra-se em *Korematsu v. United States*,²⁴⁵ no qual a Suprema Corte norte-americana confirmou a ordem de exclusão, proferida pelo Presidente Roosevelt ao longo da Segunda Guerra Mundial, de americanos de origem japonesa de áreas militares na costa oeste.

Trata-se de uma decorrência do preconceito racial contra descendentes de japoneses que se acentuou, especialmente após o ataque a *Pearl Harbor*, em dezembro de 1941, postura muitas vezes camuflada por um suposto receio de espionagem e sabotagem.²⁴⁶ O Presidente Roosevelt, nesse contexto, editou, em março de 1942, um ato

he writes: ‘When World War II broke out feelings of patriotism and concern about the success of the war effort affected Americans nearly universally, including the Justices of the Supreme Court.’ And other scholars have described this dynamic wherein ‘domestic judicial institutions tend to go to war,’ and arguing that ‘in states of emergency, national courts ‘rally ‘round the flag’’. To put it more generally, if a justice’s underlying preferences towards rights and liberties move to the right in times of urgency, then the resulting behavior falls well in the line with the crisis thesis: that justice would vote against litigants claiming and infringement of their rights or liberties. In fact, some might suggest that even if the justices cloak deference in doctrinal considerations, at the root of this behavioral change lies this basic attitudinal shift, which might be rationally based in the threat that war presents or not.” Idem., p. 20/21.

²⁴³ EPSTEIN, Lee. HO, Daniel E., KING, Gary. SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Silence During War*, Op. Cit.,p. 51.

²⁴⁴ “With the exception of due process rights, there is a uniform decrease in the probability of liberal decision in First Amendment cases, criminal procedure, and civil rights, with all of the boxes squarely to the left of the vertical line that indicates no war effect. Interestingly though, the war effect appears to be roughly twice the magnitude in First Amendment case by roughly 19 percent. Perhaps it is no surprise that so many legal scholars have focused in large part on the crisis jurisprudence in the context of the First Amendment. Examining the types of cases that are included in First Amendment makes the war effect clear: the cases include cases falling under the Smith Act, the Alien Registration Act of 1940, loyalty oath cases, conscientious objectors, and protest demonstrations. Due process cases, on the other hand, are primarily confined to procedural due process cases relating, for example, to jurisdiction over on-resident litigants, taking clause, and prisoner’s rights. The war effect on criminal procedure is a relatively smaller (though still significant) decrease in 6 percent, reflecting cases filed, for example, under the Federal Rules of Criminal Procedure, Fourth Amendment search and seizure claims, and Eight Amendment claims under cruel and unusual punishment. War decreases the probability of upholding a civil rights claim by 11 percent, reflecting cases relating, for example, to immigration claims, sit-in demonstrations, and gender discrimination.” EPSTEIN, Lee. HO, Daniel E., KING, Gary. SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Silence During War*, Op. Cit.,p. 54.

²⁴⁵ 323. U.S. 214 (1944)

²⁴⁶ “Agitation for action against both alien Japanese and American citizens of Japanese descent (Nisei) began within weeks of the attack on Pearl Harbor. Some military leaders, most notably General John L. DeWitt, commanding the west coast area, wanted to intern these people. (...) Others, such as the Office of Naval Intelligence (ONI), thought that the Nisei posed no danger to national safety – a view in which the FBI concurred. But more was involved than a dispute about national security. Racism, evidenced on the west coast by anti-Asian more than by anti-black prejudice, was hardly unknown in the United States. The

que tornou crime permanecer em zonas militares designadas pelos comandantes da Secretaria de Guerra ou, para os autorizados a lá permanecer, tornou crime desobedecer às regulamentações por eles proferidas. Calcado nessa nova norma, o Exército determinou que todos os descendentes de japoneses comparecessem aos centros designados para transporte e prisão nos campos de concentração.²⁴⁷

Ocorre que, em 1944, essa determinação foi descumprida por Fred Korematsu, dando origem à sua condenação no juízo de primeiro grau e a manutenção dessa sentença em apelação.²⁴⁸ Instada a se manifestar, a Suprema Corte, em dezembro de 1944, julgou pela constitucionalidade da evacuação compulsória dos americanos de origem japonesa e da consequente prisão nos campos de concentração.²⁴⁹

Não se tratou de uma surpresa, já que, pouco antes, a Corte já havia se posicionado no mesmo sentido em caso extremamente semelhante, em *Hirabayashi v. United States*.²⁵⁰ Gordou Hirabayashi, também norte-americano descendente de japonês, descumpriu a ordem de toque de recolher e de evacuação das áreas militares e, por conta disso, foi condenado em primeiro e segundo grau. Buscando o pronunciamento da Suprema Corte

Japanese government's treachery and their troops' systematic raping, torturing, and murdering of civilians and prisoners of war provided a license for Americans to hate. Some public officials honestly, if incorrectly, feared mass violence against people of Japanese extraction and raised the argument that the Nisei as well as enemy aliens should be locked up for their own good." MURPHY, Walter F. FLEMING, James E. BARBER, Sotirios A. MACEDO, Stephen. *American Constitutional Interpretation*. Fourth edition. Foundation Press: New York, 2008. p. 107.

²⁴⁷ "On March 27, 1942, President Franklin Roosevelt signed into law a bill which made it a crime to remain in a 'military zone' designated by a commander acting under authority of the Secretary of War or, for those allowed to remain in such a zone, to disobey the commander's regulations. This statute legitimated an earlier executive order authorizing the Secretary of War to designate military zones 'from which any and all persons' might be excluded. The statute also retroactively validated the curfew that General DeWitt had imposed on enemy aliens and Nisei living in the Pacific states. Pursuant to this new authority, the Army required all persons of Japanese ancestry to report to designated centers for transportation to and imprisonment in concentration camps. General DeWitt explained that it was legitimate to put the Nisei behind barbed wire while allowing German and Italian aliens to remain free because the Nisei 'are a dangerous element. There is no way to determine their loyalty.'" MURPHY, Walter F. FLEMING, James E. BARBER, Sotirios A. MACEDO, Stephen. *American Constitutional Interpretation*. Op. cit., p. 108.

²⁴⁸ "In the fall of 1944, Fred Korematsu, a young Nisei who had been unwilling to leave his sweetheart, brought the issue of concentration camps before the Court. He had been convicted on the single count of not reporting for evacuation, and the court of appeals had sustained his conviction. Korematsu then petitioned the Supreme Court for certiorari. According to Justice Douglas's notes, Stone did not vote at all on the question of granting the writ. Black voted against, but the others agreed to take the case." Ibid., p. 112.

²⁴⁹ "After only minor changes, the Conference approved Black's amended opinion. The vote had become 6-3 to place the mantle of constitutionality on forced evacuation of the Nisei and – despite what Sotne pretended to believe – imprisonment, without charge or trial, in concentration camps." MURPHY, Walter F. FLEMING, James E. BARBER, Sotirios A. MACEDO, Stephen. *American Constitutional Interpretation*. Op. cit., p. 117.

²⁵⁰ 320. U.S. 81 (1943)

em 1943, esta manteve a condenação do cidadão, declarando constitucional tanto a ordem de toque de recolher quanto a de evacuação para os campos de concentração.²⁵¹

A restrição aos direitos desses cidadãos norte-americanos foi justificada sob a existência de uma “necessidade pública premente” do poder militar para evitar espionagem e sabotagem. O fato é que o tribunal se viu diante da necessidade de atuar nesse sentido para se proteger como uma instituição de apoio às políticas governamentais populares e para evitar um choque com um presidente popular, sob pena de este se recusar a seguir uma decisão judicial desfavorável e, assim, expor a fraqueza institucional da Corte. A probabilidade de o presidente Roosevelt cumprir uma decisão da Suprema Corte que exigisse o retorno dos japoneses americanos para suas casas era extremamente baixa naquela conjuntura de guerra.

O mesmo padrão observado durante a segunda guerra mundial foi também encontrado por Owen Fiss em relação à Suprema Corte americana e a chamada “Guerra ao Terror”, cujo marco inicial é o atentado de 11 de setembro de 2001. Poder-se-ia esperar mais independência de um tribunal que havia decidido a eleição presidencial pouco tempo antes e que, para muitos analistas, alcançou o ápice do apoio difuso,²⁵² mas também nesse período a Suprema Corte demonstrou pouca coragem diante das pressões exercidas pelos interesses do Executivo. Como coloca Fiss, a Corte não chancelou juridicamente toda a extensão dos poderes exigidos pelo Executivo – incluindo negar a dois cidadãos americanos detidos sem conhecimento dos crimes que supostamente tinham cometido e sem direito a um advogado o direito a pleitear um *Habeas Corpus* – contudo, na prática, como costuma fazer, a Corte não decidiu de forma a afrontar o Executivo, emitindo uma ordem que só poderia ser cumprida pelo próprio, mas se perdeu em tecnicidades ou questões processuais e não garantiu a esses cidadãos o direito à liberdade.²⁵³

²⁵¹ “Fear of dividing a nation at war reinforced the normal desire of a chief justice to mass the Court in an important case. Thus Stone assumed the task of writing the Court’s opinion and sought to mute conflict by considering only the validity of the curfew. He wrote that the Court would not in 1943 say that in 1942, only months after the disaster at Pearl Harbor, it had been unreasonable for the military to fear espionage e sabotage and to doubt there was time to separate the loyal from the disloyal among groups most likely to contain enemy sympathizers. It had been legitimate, therefore, to require such people to remain in their homes after dark. The Chief insisted that ‘it is not for any court to sit in review’ of the wisdom of the military’s choices. And, toward the close of his opinion, he re-emphasized the limited nature of the Court’s holding: ‘It is necessary to consider whether or to what extent such findings [of military peril] would support orders differing from the curfew order.’” MURPHY, Walter F. FLEMING, James E. BARBER, Sotirios A. MACEDO, Stephen. *American Constitutional Interpretation*. Op. cit.,, p. 110.

²⁵² Sobre o apoio difuso, ver o capítulo III.

²⁵³ FISS, Owen. *The War Against Terrorism and the Rule of Law*. Op. cit., p. 237.

O primeiro caso analisado por Fiss foi *Rumsfeld v. Padilha*.²⁵⁴ Jose Padilha era um cidadão americano, que foi preso no aeroporto de Chicago quando voltava de uma viagem do Paquistão, levado do aeroporto imediatamente para Nova York e depois para uma prisão militar naval em Charleston, Carolina do Sul. De acordo com o governo, Padilha era associado à *Al Qaeda* e estava planejando atos terroristas nos Estados Unidos, inclusive com uso de bombas radioativas. A prova de tal envolvimento era tão somente uma declaração de um membro do Departamento de Defesa que por sua vez era baseada em múltiplos rumores e possibilidades não comprovadas.²⁵⁵

O caso de Padilha passou pela Corte Federal de Nova York, que concedeu a ele o direito a um advogado, e subiu à Corte de Apelações, que exigiu que ele fosse solto ou transferido para autoridades civis caso lhe imputassem algum crime. Padilha permaneceu preso e, quando o caso finalmente chegou à Suprema Corte, ele já estava preso por mais de dois anos, durante os quais passou a maior parte do tempo incomunicável e sem possibilidade de conversar com a família ou mesmo um advogado. Ressalte-se que essa situação era parte da estratégia do Departamento de Defesa de incutir em Padilha um sentimento de desespero e total falta de esperança, como admitiu o Vice Almirante Lowell E. Jacoby.²⁵⁶

Diante dessa situação, a Corte de Rehnquist optou por uma decisão absurdamente covarde, como a caracterizou de forma perfeita Owen Fiss, deixando de entrar no mérito da inconstitucionalidade da prisão sem prazo e sem crime definido de um cidadão americano alegando simplesmente a impossibilidade de analisar o mérito em razão de um vício formal do procedimento, haja vista que o *habeas corpus* deveria ter sido impetrado perante a Corte da Carolina do Sul e não perante a Corte de Nova York e também o fato de a autoridade coatora ser o comandante da prisão naval e não o Secretário de Defesa.²⁵⁷ Diante disso, o advogado de Padilha foi obrigado a começar tudo de novo, agora na Carolina do Sul. Depois de uma série de novas decisões, uma inclusive da Corte do 4º Circuito, negando o direito do preso a um advogado, em função dos poderes extraordinários do Poder Executivo para combater “inimigos”, o caso chegou novamente à Suprema Corte. Dessa vez, antes de uma decisão, o governo apresentou uma petição declarando que iria voluntariamente transferi-lo da prisão militar para uma civil, onde ele

²⁵⁴ 542. U.S. 426 (2004)

²⁵⁵ FISS, Owen. *The War Against Terrorism and the Rule of Law*. Op. cit., p. 237.

²⁵⁶ Idem.

²⁵⁷ Ibid., p. 238.

seria processado, o que veio a ocorrer três anos e meio depois de sua prisão arbitrária e mais de um ano após aquela decisão “formalista” da Suprema Corte.²⁵⁸

Há um detalhe irônico nesse caso, qual seja, o fundamento jurídico do *habeas corpus* de Padilha era uma lei federal de 1971 conhecida como *Non-Detention Act*,²⁵⁹ elaborada com o propósito de evitar que se repetissem atos como a detenção arbitrária de descendentes de japoneses durante a Segunda Guerra, cujo caso clássico já havíamos mencionado: *Korematsu v. United States*.²⁶⁰ Todos lembram desse caso com muito pesar, como se casos como esse estivessem em um passado longínquo, porém, em abril de 2006 essa realidade estava mais presente do que nunca.

Em *Hamdi v Rumsfeld*,²⁶¹ a Corte suprema concedeu a Yaser Hamdi, um cidadão americano, a possibilidade de contestar a validade de seu enquadramento como um combatente inimigo, pois, ao contrário de Padilha, Hamdi não foi capturado nos EUA, mas no Afeganistão que à época era uma zona de guerra declarada. Essa possibilidade, em princípio, garantiria a Hamdi a oportunidade de se defender, garantindo a ele aspectos básicos da liberdade individual, não fosse por um detalhe. A redatora do voto da Corte, *Justice O'Connor*, tentou estabelecer uma posição compromissória entre os membros da maioria, e estabeleceu que o órgão “imparcial” e “neutro” que seria capaz de estabelecer se Hamdi era ou não um combatente inimigo era um tribunal militar.²⁶² Essa posição foi severamente criticada por Fiss, para quem não há dúvidas que Hamdi tinha direito a uma audiência perante a Justiça Federal.²⁶³

Se pelo menos a Suprema Corte em Hamdi deixou explícito que ele tinha o direito a uma audiência para apuração sobre a veracidade de seu *status* de combatente inimigo em decorrência da cláusula do devido processo legal, em *Rasul v. Bush*,²⁶⁴ a Corte não fez nem isso: deixou de estabelecer quais direitos poderiam ser pleiteados pelos prisioneiros de Guantánamo.²⁶⁵ Em Rasul, os 14 presos eram estrangeiros e a Corte foi obrigada a estabelecer o *status* constitucional de Guantánamo, uma região geograficamente localizada na ilha de Cuba, mas cedida por aluguel aos EUA desde 1903. Essa definição era

²⁵⁸ FISS, Owen. *The War Against Terrorism and the Rule of Law*. Op. cit., pp. 239-240.

²⁵⁹ 18 U.S.C. § 4001 (a) (2000).

²⁶⁰ FISS, Owen. *The War Against Terrorism and the Rule of Law*. Op. cit., p. 240.

²⁶¹ 542 U.S. 507 (2004).

²⁶² FISS, Owen. *The War Against Terrorism and the Rule of Law*. Op. cit., p. 243.

²⁶³ *Ibid.*, p. 245.

²⁶⁴ 542 U.S. 466 (2004).

²⁶⁵ FISS, Owen. *The War Against Terrorism and the Rule of Law*. Op. cit., p. 245.

importante na medida em que estrangeiros residentes nos EUA têm direitos constitucionais, mas os detidos fora do país não têm nenhum direito.²⁶⁶

A Suprema Corte, revertendo a posição da corte inferior, entendeu que para fins da aplicação da lei do *habeas corpus*, Guantánamo deveria ser tratada como parte dos EUA. Apesar desse aparente avanço, a Corte manteve a posição consolidada na jurisprudência de que os prisioneiros capturados no exterior não tinham direitos constitucionais. Na prática, portanto, esses presos tinham um direito vazio de *habeas corpus*, já que nenhum direito poderia fundamentá-lo.²⁶⁷

Esses três casos são emblemáticos porque demonstram (i) a tentativa da Corte mais poderosa do mundo de argumentar juridicamente, construindo alguns limites para a atuação do Poder executivo, contudo, (ii) tais limites foram tímidos e não comprometeram os interesses nacionais e do Presidente, que, na prática, manteve Padilha, Hamdí e os estrangeiros de Guantánamo presos sem respeito às suas garantias constitucionais.

O clima da guerra ao terror também impactou a rotina da Suprema Corte em casos não diretamente relacionados a ela, como em *Sattazahn v. Pennsylvania*, no qual um juiz sentenciou o réu à prisão perpétua por assassinato depois que o júri chegou a um impasse sobre se ele deveria receber a pena de morte. O julgamento foi posteriormente repetido, tendo o júri mais uma vez condenado Sattazahn, mas agora à pena de morte. O réu apelou à Suprema Corte dos EUA alegando que o segundo julgamento tinha sido mais prejudicial, violando a cláusula que proíbe o duplo julgamento (“*Double Jeopardy*”) da Quinta Emenda, mas a Suprema Corte dos EUA manteve a condenação. Para Epstein *et al.*, essa decisão, proferida pouco tempo depois do início da guerra com o Iraque e um ano depois do ataque de 11 de setembro, considerou o clima do país e foi muito influenciada por ele. Não era o momento ideal para um julgamento eximindo o autor de um homicídio cuja pena de morte poderia ser aplicada, já que se tratava de penalidade que o Executivo pretendia imputar aos terroristas.²⁶⁸

²⁶⁶ Ibid., pp. 246-247.

²⁶⁷ Ibid., pp. 248-249.

²⁶⁸ “At the time heard oral arguments and took its initial vote in *Sattazahn*, the war on terrorism was in full force; just a year had elapsed since September 11 and the nation was on the verge of war with Iraq. The timing could hardly have been worse for a ruling in favor of a defendant in a case involving the death penalty – a penalty that the U.S. government hopes to invoke against perpetrators of terrorism and the use of which in *Sattazahn* the Solicitor General enthusiastically supported in an amicus curiae brief filed in the case.” EPSTEIN, Lee. HO, Daniel E., KING, Gary. SEGAL, Jeffrey A. *The Supreme Silence...* p. 65.

Todos esses exemplos servem para mostrar como nem mesmo a mais poderosa Corte Constitucional do mundo é capaz de prevalecer continuamente em face dos demais atores constitucionais

1.7 O Supremo Tribunal Federal e o caso brasileiro

Buscar exemplos que ilustrem os limites da atuação do STF em face dos demais poderes e da opinião pública, pelo menos até a Carta de 1988, não é das tarefas mais difíceis. Difícil seria apresentar exemplos em que o Supremo foi capaz de efetivamente contrariar os demais poderes e sair ileso. Afinal, como reconhece a doutrina, até 1988 as Constituições eram praticamente insignificantes na vida política brasileira, e o controle de constitucionalidade existente tinha contornos minimalistas, focados primariamente nas regras que estruturavam o Estado, nas questões federativas e em atuações casuísticas de proteção dos direitos de primeira dimensão.²⁶⁹ Além disso, os mecanismos de limitação do poder judiciário mencionados nesse capítulo eram utilizados com uma certa frequência, e davam o tom das relações institucionais anteriores à redemocratização.²⁷⁰ Também é conhecida a frase de João Mangabeira, citada por Lêda Boechat, para quem “*o Supremo Tribunal foi o Poder que mais falhou na República.*”²⁷¹

Justamente em função desse largo reconhecimento da doutrina, traçaremos um rápido panorama da história do STF, destacando os momentos em que ele esteve em rota de colisão com os demais poderes, bem como situações que evidenciam os limites do seu poder.

A história convencional propõe que durante a República Velha, o STF expandiu a defesa das liberdades, a partir da aclamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”.²⁷² Mas a realidade foi bem menos rósea. Os *habeas corpus* que atingiam diretamente os interesses do governo eram, via de regra, simplesmente ignorados pelo Executivo. Segundo Lêda Boechat Rodrigues, foram muitos os casos durante a república velha, em especial entre os anos 1910 até a década de 20, em que facções do governo e opositores entraram em

²⁶⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Op. Cit., p. 280.

²⁷⁰ Idem., p. 202.

²⁷¹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, v. III. p. 38.

²⁷² RODRIGUES, Lêda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, v. III. p. 40. Para Lêda Boechat, a Doutrina Brasileira do Habeas-Corpus “constituiu a criação jurisprudencial máxima do Supremo em toda a sua história”.

conflito no âmbito estadual e municipal. As sistemáticas fraudes em eleições produziram muitas vezes dualidade de assembleias estaduais e municipais, e muitas dessas disputas foram parar no STF, que, em alguns casos, deu ganho de causa à oposição.²⁷³ Nesses casos, em geral o Poder Executivo desrespeitou a decisão da Suprema Corte e decretou intervenção federal nos Estados. Ressalte-se que dois desses casos ocorreram no Rio de Janeiro, quando o Executivo desacatou os *habeas-corpus* concedidos a Nilo Peçanha e Raul Fernandes para se empossarem como vencedores das eleições e presidentes do Estado.²⁷⁴ Outras intervenções com o intuito de desrespeitar decisões do STF aconteceram também em Sergipe, Ceará, Piauí, Amazonas, etc. Com um destaque final. Na intervenção federal realizada em 1912 na Bahia também com o intuito de desacatar a decisão do Supremo, o interventor bombardeou partes da cidade, dentre elas o Palácio, residências e a Biblioteca Pública baiana. Todo esse prejuízo causado por canhões brasileiros.²⁷⁵

Não era só o executivo federal que descumpria decisões do Supremo. Também os Estados desobedeciam às ordens do STF, concedidas em *habeas corpus*, de impedir a expulsão de minorias com potencial de incomodar políticos, como, por exemplo, os anarquistas. Especialmente descumpridor desse tipo de decisão era o governo de São Paulo, que vislumbrava nesse tipo de posição política uma grande ameaça a sua incipiente industrialização e, por força disso, ignorava as decisões da Suprema Corte.²⁷⁶

Em suma, o desenvolvimento da Doutrina Brasileira do *Habeas Corpus* construída durante a República velha se curvou, muitas vezes, ao autoritarismo e às intervenções dos Presidentes, em especial quando seus interesses eleitorais nos Estados estavam em jogo ou quando preocupações com movimentos políticos perigosos faziam os Estados desconsiderarem o Supremo. Contudo, nesse primeiro período, a Corte tinha alguma autonomia e muitos descumprimentos do Poder Executivo eram feitos de forma subreptícia, como no caso do Habeas Corpus da assembleia do município do Rio de Janeiro.

O cenário de submissão e falta de independência se agravou a partir de 1930 e assim permaneceu até 1945. Um dos primeiros atos dos vitoriosos da Revolução de 1930 foi extremamente emblemático e ilustra a relação do governo com o Supremo nesse período. Os vencedores de 1930 haviam sido condenados pelas revoltas em 1922 e 1924, e

²⁷³ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, v. III.p. 30-31.

²⁷⁴ Idem

²⁷⁵ Idem.

²⁷⁶ Ibid.p. 33.

vistos seus *habeas corpus* sistematicamente denegados pelo Supremo. O troco não demorou a chegar: os vencimentos dos ministros do STF foram diminuídos – mesmo com previsão expressa na Constituição de irredutibilidade dos vencimentos,²⁷⁷ e seis membros da Corte foram demitidos pelo Decreto nº 19.656, de 18 de fevereiro de 1931: o presidente do Supremo Ministro Godofredo Cunha, Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque, Edmundo Muniz Barreto, Pedro Afonso Mibielli, Geminiano da Franca e Pedro dos Santos.²⁷⁸ Um dos ministros restantes, Hermenegildo de Barros, decretou em seu protesto público o resultado desses ataques institucionais: “*É a morte do Poder Judiciário no Brasil.*”²⁷⁹

Como sintetiza Emília Viotti, a atuação do STF ficou cerceada primeiro pelos decretos do governo; depois, pelo teor autoritário da Carta de 1934; pelas leis de exceção – que previam medidas repressivas; pela criação do Tribunal de Segurança, e por outras medidas como a decretação do estado de guerra, etc.²⁸⁰

Outro episódio de completa submissão da Corte Suprema aos poderes políticos disse respeito ao Tribunal de Segurança Nacional. A preocupação do governo com a ameaça comunista levou à criação, em 1936, de uma Comissão Nacional para Repressão do Comunismo, que investigou e prendeu muitas pessoas. Em julho do mesmo ano, o presidente apresentou ao legislativo um projeto de criação de um tribunal especial para processar “extremistas”. Para contornar a Constituição, que proibia a criação de tribunais de exceção, o “tribunal” acabou sendo aprovado como um órgão da Justiça Militar, com o nome de Tribunal de Segurança Nacional.²⁸¹

Em janeiro de 1937, João Mangabeira e seu filho Francisco Mangabeira estavam sendo processados perante esse tribunal, e impetraram *habeas corpus* cujo fundamento jurídico era a inconstitucionalidade do processo, em função da vedação constitucional de criação de tribunais de exceção. O STF, de forma unânime, negou o pedido e chancelou a flagrante violação da ordem constitucional vigente.²⁸²

²⁷⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal – 1930-1963*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, v. IV. p. 33.

²⁷⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal – 1930-1963*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, v. IV. p. 32.

²⁷⁹ DE BARROS, Hermenegildo. *Memórias do juiz mais antigo do Brasil*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1942, V. 4, pp. 60-63, Apud in. RODRIGUES, Lêda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal – 1930-1963*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, v. IV. p. 34.

²⁸⁰ COSTA, Emília Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Editora UNESP, 2006. p. 92

²⁸¹ Ibid. p. 87.

²⁸² COSTA, Emília Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania.*, Op. Cit.,, p. 90.

O total desrespeito pelo judiciário de uma forma geral, em especial as constantes manipulações dos juízos de primeiro e segundo grau nos Estados, foram descritas em voto vencido proferido pelo ministro Carlos Maximiliano no *habeas corpus* nº 26.945:

O governador remove, a pedido, o juiz efetivo, obtém que se demita o primeiro suplente, nomeia para o lugar deste o mais apto para agir contra os adversários, ou dissidentes políticos, adrede envolvidos em processo.²⁸³

Diante desse alinhamento entre oligarquias regionais e o governo federal, bem como dos múltiplos ataques institucionais diretos ao STF e ao judiciário como um todo, Emilia Viotti reconhece que “*era difícil ao Supremo Tribunal desempenhar o seu papel na defesa dos direitos dos cidadãos*”.²⁸⁴

E realmente esse período viu a jurisprudência de proteção às liberdades individuais²⁸⁵ sofrer um enorme refluxo. A submissão do Supremo foi total e os exemplos de *habeas corpus* denegados em nome de conceitos abstratos como “ordem pública” ou “defesa nacional” se tornaram constantes.²⁸⁶

Como se não bastasse essa situação, a Constituição de 10 de novembro de 1937 reduziu a aposentadoria compulsória de 75 anos para 68, com o efeito prático de aposentar instantaneamente três membros da Suprema Corte, e outros dois na sequência.²⁸⁷ Essa manipulação das formas jurídicas com o objetivo de conformar o STF aos interesses dos demais poderes deu o tom das relações institucionais no período.

Nem mesmo a redemocratização e a Constituição de 1946 foram capazes de trazer ao Supremo musculatura institucional. O famoso mandado de segurança impetrado por Café Filho, bem como a argumentação dos ministros quando de sua apreciação sintetizam de forma lapidar a fragilidade institucional do judiciário.

Em paralelo ao suicídio de Vargas e à posse do vice-presidente Café Filho, Juscelino Kubitschek foi eleito em outubro de 1955. Ainda exercendo seu mandato, Café Filho se afastou da presidência por motivos de saúde e Carlos Luz, presidente da Câmara dos Deputados, assumiu o cargo. Com um detalhe. O General Henrique Duffles Lott desconfiava que Carlos Luz fizesse parte de um grupo que planejava um golpe para evitar

²⁸³ Ibid., p. 93.

²⁸⁴ Idem.

²⁸⁵ Que mesmo em seu período “áureo” durante a República Velha tinha sido relativamente seletiva, deixando de proteger certas minorias, como por exemplo, os anarquistas.

²⁸⁶ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal*. 1930-1963. Op. cit., pp 61/65.

²⁸⁷ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal – 1930-1963*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, v. IV. p. 40-41. Os cinco Ministros aposentados por força da Carta de 1937 foram o Presidente Edmundo Lins, o Vice-presidente Hermenegildo de Barros e Ataúlfo de Paiva. Na sequência, foram compulsoriamente aposentados também os Ministros Cândido Mota e Carlos Maximiliano.

que Juscelino fosse empossado presidente, e, em uma manobra conhecida como “contragolpe preventivo”, depôs Carlos Luz e o fez se refugiar. Assumiu o governo o presidente do Senado, Nereu Ramos. No dia 14 de novembro, Café Filho, recuperado da sua convalescência, informou a sua intenção de retornar à presidência. Lott declarou que sua volta não seria admitida, e cercou com uma tropa armada e tanques a residência de Café Filho. Ato contínuo, no dia 22 o Congresso votou o seu impedimento e, no mesmo dia, Café Filho impetrou mandado de segurança contra as mesas do legislativo.²⁸⁸

Na análise do mandado de segurança, os Ministros da Suprema Corte tentaram compatibilizar o direito com a situação fática, em argumentações jurídicas elaboradas que não deixam de expor as limitações do poder judiciário. O relator, Ministro Hahnemann Guimarães reconheceu o impedimento fático de reconduzir Café Filho à presidência e denegou o mandado;²⁸⁹ o Ministro Sampaio Dória, também reconheceu a impossibilidade fática, enfatizando que essa situação tinha sido “*criada e mantida pela força das armas, contra a qual seria inexequível qualquer decisão do Supremo Tribunal*”, ainda segundo ele, só a vontade das armas contaria, e mais nada; os Ministros Mário Guimarães e Lafayette de Andrada propuseram saídas procedimentais interessantes, que evitavam o reconhecimento da incapacidade do judiciário: o primeiro disse que não poderia conhecer do pedido, pois caberia à magistratura respeitar o governo de fato, sem cogitar de suas origens, e o segundo conheceu do pedido, mas sugeriu que o julgamento fosse suspenso até o fim do estado de sítio, e nessa argumentação, foi acompanhado por Edgard Costa.²⁹⁰

Ressalte-se, por fim, o interessante voto do Ministro Ribeiro da Costa, que acolhia o pedido, mas, para tanto, apelava para que o ministra da Guerra, Lott, refletisse sobre seu ato e, à luz do deferimento da ordem de segurança, o cumprisse como um homem superior. Para Ribeiro da Costa, Lott não seria impermeável às solicitações da consciência e cumpriria a decisão da Corte.²⁹¹

A maioria do Tribunal não foi tão otimista em relação à superioridade moral de Lott, e tampouco confiou nas solicitações da consciência do ministro da guerra e optou pela saída proposta por Lafayette de Andrada, deixando de decidir o mérito até a suspensão do estado de sítio, de certa forma escondendo a sua incapacidade, que foi reconhecida por Nelson Hungria em passagem digna de menção:

²⁸⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal – 1930-1963*. Op. cit., pp 169-170.

²⁸⁹ *Ibid.* p. 177.

²⁹⁰ COSTA, Emília Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. Op. cit., p. 133/135.

²⁹¹ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal – 1930-1963*. Op. cit., p. 182.

Contra o fatalismo histórico dos pronunciamentos militares não vale o Poder Judiciário, como não vale o Poder Legislativo. Esta é que é a verdade, que não pode ser obscurecida por aqueles que parecem supor que o Supremo Tribunal, ao invés de um arsenal de livros de direito, disponha de um arsenal de schrapnels e de torpedos.²⁹²

Se mesmo durante o período considerado “democrático” entre 1945 e 1964, uma decisão do STF dependia da “consciência” de membros do executivo para ser efetivada, o que dizer do período em que o país mergulhou, pelo menos formalmente, a partir de 9 de abril de 1964, com a edição do Ato Institucional nº 01?

O contexto institucional de restrição da estabilidade e da vitaliciedade dos magistrados e da ampliação dos poderes do Executivo tornaram o Judiciário ainda mais frágil, e a breve tentativa do STF de proteger liberdades, concedendo *habeas corpus* e exigindo a devolução rápida do poder foi rapidamente contida pelo Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, que ampliou o número de ministros para 16 membros, sendo as 5 novas vagas preenchidas por pessoas alinhadas com o regime. Por fim, no contexto do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 e do Ato nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, o STF voltou a ter 11 membros e três ministros nomeados por Jânio Quadros e João Goulart, conhecidos pela sua posição de defesa das liberdades e/ou por posições políticas mais afinadas com a esquerda, foram cassados: Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Victor Nunes Leal.²⁹³

Em verdade, quase toda a história do Supremo foi marcada pela falta de conexão com o povo. Sem essa proximidade, ou seja, sem qualquer apoio difuso, o STF ficou ainda mais exposto aos ataques institucionais dos demais poderes, que não cogitavam de desgaste perante a opinião pública nas suas manobras de diminuição da independência desse poder. Celso Bastos, já intuindo o conceito de capital institucional, que apresentaremos no terceiro capítulo, foi preciso em identificar exatamente isso:

No Brasil, há uma distância grande que medeia entre o povo e o seu Poder Judiciário. Esta falta de entrosamento do Poder Judiciário com a soberania popular faz com que ele também não se apresente seguro, com força bastante para pronunciar aquelas decisões que possam efetivamente coibir os desmandos do Executivo (...)²⁹⁴

²⁹² COSTA, Emília Viotti. O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania. Op. cit., p. 135. Ibid. p. 173.

²⁹⁴ BASTOS, Celso e Martins, I.G. da S. *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1987. Apud in. COSTA, Emília Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. Op. cit., p. 159.

Na quadra atual, já decorridos mais de 25 anos da Constituição de 1988, podemos afirmar que o STF não está mais sujeito a ataques institucionais tão evidentes, e o Supremo certamente adquiriu poder suficiente para ser um ator institucional cuja opinião precisa ser considerada. Mas esse empoderamento e crescimento do Supremo decorreu de fatores políticos dos mais diversos, que no geral estão presentes em outros Judiciários pelo mundo, no fenômeno conhecido como “expansão global do poder judiciário”. As múltiplas razões que levam a esse empoderamento serão exploradas no próximo capítulo. O que importa ressaltar é que, mesmo presentes esses incentivos, o Judiciário continua sendo estruturalmente frágil em muitas situações, incapaz, ou mesmo sem vocação, para interferir de forma brusca no *status quo*.

Um exemplo recente, que muito lembra a argumentação da impossibilidade fática usada pelos Ministros no mandado de segurança de Café Filho, envolveu as ADIs nºs 2.240/BA, 3.316/MT e 3.489/SC, que impugnaram, respectivamente, a Lei nº 7.619/2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães; a Lei nº 6.983/98, do Estado do Mato Grosso, que criou o Município de Santo Antônio do Leste; e a Lei nº 12.294/2002, do Estado de Santa Catarina, que anexou ao Município de Monte Carlo a região Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos.

O *leading case* foi a ADI nº 2.240/BA, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, com fundamento na violação ao art. 18, § 4º,²⁹⁵ da CF/88, já que (i) o novo município foi criado em ano de eleições municipais; (ii) não havia a lei complementar federal fixando período para criação de municípios; (iii) a consulta plebiscitária não envolveu a totalidade do município de Barreiras, mas tão somente os membros do novo município; e por fim (iv) os estudos de viabilidade municipal foram publicados em momento posterior ao plebiscito.

O relator do caso, Ministro Eros Grau, mesmo reconhecendo que a criação do Município de Luís Eduardo Magalhães efetivamente afrontava a Constituição,²⁹⁶ colocou que aquela decisão política era uma realidade fática e que, embora não devesse existir, precisava ser analisada no plano descritivo - das coisas como elas efetivamente são - já

²⁹⁵ Art. 18, § 4º. A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro de período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

²⁹⁶ “12. – O Município de Luís Eduardo Magalhães existe, é verdade, em confronto com o disposto no § 4º do art. 18 da Constituição do Brasil. Lembro, no entanto, conhecida observação de KONRAD HESSE: na vida da coletividade há realidades que se encontram em contradição com a Constituição, mas essas realidades não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete da Constituição.” Trecho do Voto do Relator, Min. Eros Grau, na ADI 2.240-7 Bahia, p. 17/18.

que o debate sobre o estado ideal das coisas nada agregava para o caso.²⁹⁷ Reconhecendo a realidade e os limites do poder da Corte, Eros Grau analisou a quem aquela decisão poderia beneficiar ou prejudicar, em trecho em que intui a dinâmica do capital institucional:

Cumpramos o que, no caso, menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. O que menos as sacrifica. A agressão à regra do § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil ou a violação do princípio federativo? **Quais são os interesses atendidos em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o Município? Quais interesses serão sacrificados em consequência dessa declaração de inconstitucionalidade?**

As respostas a essas indagações parecem óbvias a quem suponha o direito não somente como um esquema de coerências formais, mas como um plano da realidade social.²⁹⁸ (Grifo nosso)

Em razão dessa análise, concluiu que defender a inconstitucionalidade da criação do Município *avança sobre o que poderíamos chamar de “reserva do impossível”*. No caso, o Ministro percebeu que uma decisão pela inconstitucionalidade seria de difícil implementação, na medida em que um Município inteiro, já acostumado com a nova situação jurídica, teria sua rotina modificada. Ou seja, intuiu também que a decisão pela inconstitucionalidade seria demasiadamente custosa em termos do capital institucional e seria, portanto, “impossível”.

O voto do Ministro Eros Grau tem 25 páginas e foi proferido em 18 de maio de 2006. Nele, o ministro trata da necessidade de reconhecer os limites da argumentação normativa e a óbvia necessidade de análises empíricas; expõe claramente os limites do Poder Judiciário – mesmo depois da Constituição de 1988 - explicitando a incapacidade do judiciário de interferir de forma substancial na realidade social; e utiliza como elementos argumentativos para justificar a sua decisão a necessidade de considerar as partes que se beneficiariam e/ou seriam prejudicadas pela decisão, concluindo que, no caso concreto, a decisão extrapolaria o possível. De uma só vez, o ministro demonstrou a percepção da fraqueza do Judiciário, e da necessidade dele analisar os custos de uma decisão em relação ao seu capital institucional.

²⁹⁷ “13. – Dirá eventualmente algum normativista radical que o Município de Luís Eduardo Magalhães jamais foi criado em termos formais. Da inconstitucionalidade da lei então decorreria a sua inconstitucionalidade institucional. Esta poderia ser tida como um afirmação correta no mundo do dever ser. Sucede que vivemos no mundo do ser, a vida se passa no mundo do ser, onde o Município existe. Somente no plano das abstrações seria possível ignorarmos a realidade do mundo do ser, inclusive, nela, a existência do Município de Luís Eduardo Magalhães. Para tanto, é necessário que se viva no mundo do dever ser. E o debate com quem habita esse mundo, o mundo do dever ser, nada promete de útil.” Trecho do Voto do Relator, Min. Eros Grau, na ADI 2.240-7 Bahia, p. 19.

²⁹⁸ Trecho do Voto do Relator, Min. Eros Grau, na ADI 2.240-7 Bahia, p. 23.

Mas não é nossa intenção avançar sobre os temas dos próximos capítulos. Por ora, o fundamental era deixar claro que, mesmo no cenário atual, com toda a preocupação com a judicialização da política e com o agigantamento do STF, as Cortes continuam sendo poderes essencialmente frágeis, incapazes de atuarem de forma profundamente contramajoritária, e necessitando, para a implementação de suas decisões e para a manutenção de sua força, da “consciência” e da “superioridade moral” dos membros dos demais poderes e da opinião pública.

1.8 Conclusão

Dois foram os propósitos deste capítulo. Contextualizar nosso trabalho no tempo e no espaço; e demonstrar porque, tanto em termos teóricos quanto práticos, o Judiciário é essencialmente um poder fraco.

Para concretizar o primeiro objetivo, começamos situando a nossa proposta no estágio atual em que se encontra o direito constitucional brasileiro. A nota distintiva desse momento é a reavaliação de alguns axiomas como, por exemplo, a supremacia judicial e a dificuldade contramajoritária, que permite lançar novos olhares e soluções a questões antes aparentemente insolúveis. Esse novo rumo proposto decorre, sobretudo, da reaproximação com a ciência política e com perspectivas que percebem a relação intrínseca e simbiótica do direito e da política. Nesse cenário, definimos como marco teórico deste estudo o institucionalismo estratégico, que vislumbra a interação entre as instituições e as possibilidades de ação de cada uma em face dos interesses das demais. Por fim, analisamos a diferença entre a função contramajoritária e o resultado contramajoritário para enfatizar que, no nosso marco teórico, a realidade prevalece sobre o “dever ser”, e, portanto, é o resultado contramajoritário o fator determinante da análise.

Isto posto, partimos para a análise da essência do poder judicial, questionando em que medida ele seria capaz de exercer o poder que a teoria constitucional contemporânea exige. Nesse ponto, apresentamos argumentos teóricos e empíricos que demonstram, como já defendia Hamilton no Federalista n. 78, que o judiciário é incomparavelmente o mais fraco dos três poderes. *In verbis*:

o Judiciário é, sem comparação, o mais fraco dos três poderes; que nunca poderá enfrentar com êxito qualquer dos outros dois; e que deve tomar todas as precauções possíveis para defender-se dos ataques deles.²⁹⁹

Tudo isso porque, nem mesmo do ponto de vista teórico é desejável um judiciário completamente independente. A outra face da independência é a responsividade, ou “accountability”. O judiciário precisa permanecer, ainda que de forma menos direta que os outros poderes, ciente das demandas das maiorias. Mais independência equivale a menos preocupação em prestar contas à sociedade. A independência judicial para ser contramajoritário promove o *rule of law*, enquanto a submissão do Judiciário aos poderes eleitos promove a democracia. Há que se encontrar a justa medida entre o Estado de Direito (Constitucional) e a Democracia. O equilíbrio é tênue e está sempre sendo testado,³⁰⁰ mas era justamente essa a intenção dos arquitetos do constitucionalismo moderno, que desejavam conceder ao judiciário algum poder, mas que permaneceria dependente dos demais poderes, verdadeiros detentores da força e dos recursos.

Ou seja, a preocupação contramajoritária é superestimada. As muitas teorias normativas preocupadas em justificar o controle de constitucionalidade e compatibilizá-lo com a democracia fazem sentido a partir da chamada “função contramajoritária”, que, em abstrato, sugere um déficit democrático. No entanto, a prática sugere que os resultados contramajoritários são muito menos relevantes, seja porque existem mecanismos para que os poderes eleitos retaliem a Corte que atue em constante descompasso com as suas expectativas, seja pela inerente incapacidade de implementação das decisões judiciais, que em muitos casos demanda o cumprimento voluntário da parte prejudicada, ou, quando tem

²⁹⁹ HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. – 2ª ed. Campinas: Russell Editores, 2005. p. 470.

³⁰⁰ FERREJOHN, J. *Independent Judges, Dependent Judiciary*. Op. cit., pp. 364-365. On the one side, because we want to institute a regime of law, however that law is created and developed, we want the judiciary to have a wide mandate to resolve the disputes that arise in social life. This implies that what judges and courts do will matter greatly to the powerful as well as the weak. Thus, it will be attractive to provide judges with a protective belt that insulates them from pressure from the powerful. But on the other side, insofar as we want law to be responsive to popular majorities, we need to ensure that judges are directed to pay appropriate attention to the legal actions of such majorities or their agents. As Brutus warned, judges who are too well insulated may abuse the trust placed in them. This concern... directs us to ensure that judges are placed in institutional circumstances that encourage a certain kind of accountability to the people and to their elected agents.

On this account, then, the institutional structure established by the Constitution balances protections for individual judges with a judiciary that is rather thoroughly dependent on the other branches of government for the means to do its constitutional business. This curious structure can be understood as an institutional effort to permit the realization of three values that are always in some conflict: rule of law, constitutional government, and democracy. Since these principles are in fundamental conflict, the institutional solution cannot be expected to work perfectly all the time. However, if the public and their agents are appropriately motivated, it can set the ground rules for balancing and accommodating these complex and conflicting values.

a pretensão de modificar políticas públicas e alterar práticas sociais demanda o auxílio do executivo e do legislativo, e ainda, porque os juízes são membros de comunidades cuja aceitação é relevante.

Reconhecer todas essas limitações cria uma série de dificuldades normativas, especialmente na perspectiva esperançosa do Judiciário como guardião da Constituição. Ainda mais quando se constata o seguinte paradoxo: justamente nos momentos em que a teoria constitucional mais deposita as esperanças no Judiciário – quando as demais forças estão alinhadas e a “tirania das maiorias” está mais propensa a acontecer – ele será menos capaz de responder à altura das expectativas.³⁰¹

Essa condição das Cortes é inexorável. Mesmo Rawls, que elaborou a sua teoria da justiça em torno das capacidades das cortes promoverem a razão pública e exercerem o controle de constitucionalidade, reconheceu os limites do Judiciário:

Now admittedly, in the long run a strong majority of the electorate can eventually make the constitution conform to its political will. This is simply a fact about political power as such. There is no way around this fact, not even by entrenchment clauses that try to fix permanently the basic democratic guarantees. No institutional procedure exists that cannot be abused or distorted (...)

The constitution is not what the Court says it is. Rather, it is what the people acting constitutionally through the other branches eventually allow the Court to say it is. A particular understanding of the constitution may be mandated to the Court by amendments, or by a wide and continuing political majority (...)³⁰²

³⁰¹FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review.”, Op. Cit., p. 317.

³⁰²RAWLS, John. The Idea of Public Reason. In: *Deliberative Democracy: essays on reason and politics*. BOHMAN, James. e REHG, William (Ed.). Cambridge: Massachusetts. The MIT Press. 1997. p. 109 e p. 112.

2 CONSTRUINDO O PODER JUDICIAL

*Judicial power clearly does not fall from the sky. It is politically constructed.*³⁰³

Se o objetivo do capítulo anterior foi alcançado, a pergunta que fica é a seguinte: se o Judiciário é assim tão fraco e dependente, como as noções de supremacia judicial e juristocracia³⁰⁴ tornaram-se a base do raciocínio jurídico sobre todos os sistemas constitucionais modernos, em uma verdadeira expansão global do poder judicial?

Ou, como coloca Ferejohn,³⁰⁵ quais seriam as bases para a independência judicial? Porque os juízes têm permanecido fortes e estáveis ao longo do tempo? O que leva os atores políticos a sequer considerarem alguns mecanismos de retaliação e de diminuição da independência judicial (*impeachment*, etc)?³⁰⁶

Essas questões podem ser ainda feitas da seguinte forma: como podem órgãos tão fracos decidirem temas tão sensíveis e relevantes que vão desde eleições presidenciais à possibilidade de pesquisas com células-tronco, passando pelo status jurídico do combatente de guerra, a desagregação racial, ações afirmativas, aborto, etc.?

O objetivo desse capítulo é demonstrar como essas perguntas podem ser respondidas mesmo sem infirmar a natureza essencialmente fraca do Judiciário. Para isso, iremos analisar algumas questões que, juntas, podem explicar o desenvolvimento da autoridade/independência constitucional do Judiciário: quem são os agentes que desenvolvem o poder judicial? Por que eles delegam esse poder? Como esse poder é concedido? E por fim, quando isso acontece?

A partir dessas respostas, veremos a natureza política e contingente do poder judicial, que precisa cooperar com os diversos agentes constitucionais para acumular poder suficiente para ser independente. Ou seja, a tão falada supremacia judicial pode até existir, ao contrário do que demonstramos anteriormente. Mas essa autoridade certamente não é um fato da natureza. Não se pode simplesmente assumi-la como uma premissa, um

³⁰³ HIRSCHL, R. “The Political Origins of the New Constitutionalism”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 11, No. 1 (Winter 2004), p. 98.

³⁰⁴ HIRSCHL, R. *Towards juristocracy – The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

³⁰⁵ FERREJOHN, John. “Independent Judges, Dependent Judiciary”: Explaining Judicial Independence, *Southern California Law Review* 72, 1999: pp. 353-384.

³⁰⁶ *Ibid.*, pp. 357 e 375/376.

ponto de partida óbvio e necessário. Ao contrário, essa supremacia ou a força do judiciário é contingente e, quando existe, decorre de interações institucionais e políticas complexas.

Como coloca Whittington:

If judicial supremacy cannot simply be assumed to exist, then it must be politically constructed. This book is concerned with the process by which judicial supremacy has been constructed over the course of American History. Rather than treating the judicial authority to determine constitutional meaning as a matter of legal doctrine, this book treats it as a political problem to be overcome. It asks why other powerful political actors might recognize such an authority and defer to the judiciary's particular interpretations of the Constitution.

For constitutions and institutions like judicial review to exist in historical reality and be more than imagined moral abstractions, there must be political reasons for powerful political actors to support them over time. Fortunately, for judicial review, there are such reasons.³⁰⁷

O objetivo é demonstrar que, apesar da inerente fragilidade do Judiciário, a balança da separação de poderes está constantemente se reequilibrando, e ele pode construir lenta e gradativamente uma reputação institucional, perante os demais poderes, os grupos de interesses, e a opinião pública. Quando os principais atores constitucionais percebem a expansão do poder do Judiciário como algo que serve aos seus interesses e a Corte atua de forma a desenvolver a sua popularidade, prestígio e legitimidade, ela consegue se impor como um poder equivalente aos demais, eventualmente até atingindo uma autoridade que se assemelha, em alguma medida, à supremacia. Precisamente nesse cenário em que a Suprema Corte consegue acumular esse apoio difuso, ela se torna capaz de agir de forma contramajoritária. Entre esses dois extremos existem muitas possibilidades, que dependerão sempre da performance do Judiciário. A métrica dessa performance, que chamaremos de capital institucional, será explorada no terceiro capítulo deste trabalho.

Por ora, o propósito é apenas explicar como um poder essencialmente frágil, ou pelo menos o mais frágil dos três existentes, cujo design institucional foi pensado para mantê-lo assim, conseguiu ser alçado à condição de igualdade ou mesmo de supremacia por todo o mundo.

Para responder isso, como adiantamos, percorreremos analiticamente os vários elementos da construção do poder judicial.

³⁰⁷ WHITTINGTON, Keith E.. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. New Jersey: Princeton University Press, 2007. p. 289.

2.1 Quem. Os agentes do desenvolvimento do Judiciário

Os agentes envolvidos na expansão do poder judicial são muitos. Do Presidente da República à opinião pública, passando pelo legislativo e por grupos de interesse, o Judiciário é uma instituição que depende não apenas de si, mas também de outros atores. O objetivo desse tópico é justamente explicar como cada um desses agentes atua no desenvolvimento institucional do Judiciário. Para isso, separamos o Executivo e o Legislativo – atores políticos, dos demais atores constitucionais (opinião pública, sociedade civil, grupos de interesse, etc.). A divisão é arbitrária. Em algum sentido, todos os atores são políticos e também constitucionais. Nosso critério classificatório levou em consideração a influência sobre o desenvolvimento do poder institucional do Judiciário, na medida em que os atores políticos atuam de forma mais direta nesse processo (propondo emendas constitucionais, leis, indicando Ministros para a Suprema Corte, etc.), enquanto os demais atores constitucionais influenciam de forma apenas mediata. A opinião pública, por exemplo, atua apenas ampliando ou diminuindo o apoio difuso da Corte – manifestando-se publicamente pelos diversos canais existentes (i.e, jornais, revistas, artigos, manifestações públicas, etc.), enquanto os atores políticos, além de influenciarem na quantidade de apoio difuso, também possuem os mecanismos institucionais mencionados. A forma como eles empoderam a Corte é distinta, por isso a divisão. Apesar dessa diferença, todos são atores fundamentais nesse processo de empoderamento e tem em comum um traço fundamental: condicionam a ampliação do poder difuso aos resultados decisórios. Em outras palavras, dão poder ao Judiciário enquanto ele estiver decidindo em sintonia com as suas expectativas.

Nossa preocupação aqui será inicialmente as razões que concernem aos atores políticos - ou seja, o executivo e o legislativo. Whittington muitas vezes se refere a esses atores como “*elected officials*”.³⁰⁸ Mas essa redução não é verdadeira. Pressupõe um ambiente democrático, como assume Ginsburg. Contudo, o empoderamento de Cortes Constitucionais pode ocorrer também em ambientes autoritários, como no caso Egípcio, que exploraremos a frente. Nossa perspectiva será, portanto, mais abrangente e tentará englobar também cenários não democráticos.

³⁰⁸ WHITTINGTON, Keith E. “Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court”. *American Political Science Review*. V. 99. No. 4. Novembro 2005, p. 585. Nas palavras do autor: “The resort to judges by displaced elected officials or minority interests is merely a special case of a larger class of cases in which political actors allied with the courts cannot control the legislative baseline.”

Por fim, embora o Judiciário seja ele próprio, um agente do seu desenvolvimento, o objetivo é enfatizar a atuação dos outros atores na manutenção e expansão da independência do Judiciário. Além disso, o terceiro capítulo será dedicado a analisar o poder judicial a partir de uma perspectiva interna, razão pela qual deixaremos de aprofundá-lo aqui.

2.1.1 Atores Políticos

2.1.1.1 O Poder executivo

Sem embargo das diferenças temporais, de estilo, posições políticas e filosóficas, uma observação sob o ponto de vista da interação institucional demonstra uma impressionante similaridade nas atitudes e discursos de pessoas tão diferentes como Thomas Jefferson, Evo Morales, Abraham Lincoln, Richard Nixon, Boris Yeltsin, Barack Obama, Mubarak, Hitler, George W. Bush, Fernando Henrique Cardoso e Lula. A interação do Poder Executivo com o Judiciário apresenta um padrão quase uniforme na história de todos esses personagens.

Retornando às origens da separação de poderes, percebe-se que o judiciário e o executivo eram um único poder. Desde o século dezessete já se discute a posição de dependência do judiciário em relação ao executivo (rei).³⁰⁹ Mesmo na sistemática atual, ambos são concebidos como poderes que aplicam a norma geral e abstrata fornecida pelo legislador. Nas palavras do Ilustre Ministro Luís Roberto Barroso:

A função legislativa, escreveu Seabra Fagundes, liga-se ao fenômeno de criação do direito, ao passo que as funções administrativa e judicial se prendem à sua realização. Legislar é editar o direito positivo; administrar é aplicar a lei de ofício; e julgar é aplicar a lei contenciosamente.³¹⁰

No controle de constitucionalidade abstrato, à falta de litígio típico, a aplicação da lei feita pelo Judiciário se torna virtualmente indistinta da execução “de ofício” da lei a ser feita pelo executivo. Ou seja, o controle de constitucionalidade por via principal e abstrato

³⁰⁹ FERREJOHN, John. “Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence”, Op. cit., p. 377. “the concern throughout seventeenth-century Great Britain was with dependence of judges from the king, who had extensive legislative as well as executive powers. He also exercised substantial direct control over the judiciary, assigning judges to various courts and sometimes removing them.”

³¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev - São Paulo: Saraiva, 2009. p. 180.

coloca o Judiciário e o Executivo em uma mesma função constitucional, criando a possibilidade de cooperação ou colisão entre esses poderes.

Tão intrínseca é a relação entre os dois, que aos olhos da opinião pública, ambos fazem parte de uma mesma “*ruling coalition*”. Em seu estudo, Caldeira encontrou uma correlação entre os sentimentos do público pelo presidente e pelo Judiciário:

Several scholars have contended that people think of the president and the Court in the same vein (Casey, 1975; Dolbeare, 1967; Dolbeare and Hammond, 1968). The president, of course, nominates all members of the Court. Because the president usually has a number of opportunities to nominate new justices, the Court normally constitutes an integral part of the “ruling coalition” (Dahl, 1957; see Scigliano, 1971). From the results of polls, Dolbeare (1967) reports that respondents are more likely to see the Court in a favorable light when a member of their own party occupies the White House and that those who were inclined to defer to presidential decisions were similarly disposed toward the Court. In a later study, Casey (1975) affirmed the “presidential association” and demonstrated that opinions toward the chief executive have a greater impact on attitudes toward the Court among independents than among partisan identifiers. (...) We therefore have good reason to expect support for the two institutions to move hand-in-hand, even if people do not connect the president and the Court.³¹¹

Nesse sentido, a análise empírica feita ao longo desse trabalho observou um padrão fundamental nas mais diversas interações entre esses poderes: sempre que o Judiciário se alinhou com o Executivo, ele se desenvolveu e se expandiu como instituição. O inverso é igualmente verdadeiro. O conflito amplo e contínuo do Judiciário com o Executivo acabou por drenar a força política do primeiro, virtualmente aniquilando sua participação do jogo político, como vimos nos exemplos russo e boliviano.

Esse padrão também existe nos EUA, em que grande parte da expansão e consolidação do Judiciário se deu justamente por sua cooperação com o executivo.

Em seu livro “*Power Without Persuasion: the politics of direct Presidential Action*”,³¹² William Howell defende que os presidentes americanos têm modificado substancialmente o panorama legislativo e social com ações unilaterais, e os exemplos desse tipo de ação seriam muitos. Roosevelt e os diversos atos administrativos com substância de lei que fizeram parte do pacote do New Deal; a ordem de FDR para criar campos de concentração para japoneses nos EUA durante a 2ª Guerra Mundial; as primeiras ações afirmativas implementadas por Johnson; e mais recentemente, as prisões

³¹¹ CALDEIRA, Gregory. A. “Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court”. *The American Political Science Review*, V. 80, No. 4 (Dec., 1986), pp. 1214-1215.

³¹² HOWELL, William G. *Power without Persuasion: The Politics of Direct Presidential Action*. New Jersey: Princeton University Press. 2003.

arbitrárias executadas pelo governo George W. Bush no âmbito da “Guerra ao Terror”. Todos esses exemplos mostram que *“the president’s capacity for unilateral action is a formidable force in American politics”*.³¹³ Todas essas ações unilaterais dos presidentes americanos teriam recebido o beneplácito do Judiciário, ou, no máximo, um silêncio não desafiador.

Para Howell, ainda que a Suprema Corte discorde das ações do presidente, sua posição em relação a ele será sempre delicada por uma característica institucional específica do poder executivo que já foi tratada longamente no capítulo anterior: a ele cabe garantir a exequibilidade das decisões judiciais. Nesse sentido, uma decisão que contrarie o presidente enfrentará o problema de precisar ser executada pelo executivo contra ele próprio. Por isso Howell conclui que: *“In an important sense, for judges to exercise power, they require the cooperation of the president and those within his administration”*.³¹⁴ Essa cooperação exigida pelo Judiciário do Executivo é uma via de “mão dupla”, e demanda que o Judiciário também coopere com o Executivo. Não é uma coincidência que os Judiciários mais poderosos do mundo tem justamente esse padrão de comportamento cooperativo.

Voltando ao exemplo americano, Michael McCann observa que a Suprema Corte Americana tem atuado consistentemente na expansão dos poderes Presidenciais no último século, garantindo ao presidente uma enorme autoridade para atuar unilateralmente, sem aprovação do Congresso, a partir da doutrina do “órgão único”, estabelecida em *U.S. v. Curtiss-Wright*.³¹⁵ A Corte rotineiramente chancela constitucionalmente *post-factum* as ações do presidente – muitas das quais altamente contestáveis – o que cria um ciclo crescente de mais atuação unilateral. McCann cita David Adler para concluir que as cortes têm alimentado firmemente as fontes do poder presidencial.³¹⁶

Nas raras vezes em que o Judiciário Americano desafiou uma política substantiva de um Presidente americano, o judiciário saiu derrotado. Três exemplos notórios são: (i) a disputa com o Presidente Thomas Jefferson sobre a reformulação das competências da Suprema Corte, que resultou em processos de impeachment contra juízes e um recuo do tribunal; (ii) a postura pró-escravidão da Corte contrária à coalizão que se tornaria

³¹³HOWELL, William G. *Power without Persuasion: The Politics of Direct Presidential Action*. New Jersey: Princeton University Press. 2003., pp. xiii e xiv.

³¹⁴Ibid., p. 138.

³¹⁵299 U.S. 304 (1936)

³¹⁶McCANN, Michael. “How the Supreme Court Matters in American Politics”, p. 74, In *The Supreme Court in American Politics*. New Institutional Interpretations. Edited by Howard Gillman & Cornell Clayton. University Press of Kansas. 1999.

majoritária em pouco tempo, liderada por Abraham Lincoln, que para alguns teria precipitado a guerra civil e também resultou em uma mudança de postura do Judiciário; e (iii) o liberalismo formalista da *Lochner Era* em desafio ao novo modelo do presidente FDR, que quase resultou em uma reestruturação total da Corte, com o famoso “*Court-packing plan*”, tendo sido evitado em grande parte pela mudança substancial da jurisprudência da Corte. Há alguns outros exemplos na história americana, mas esses momentos de desafio – destacados pelos estudiosos como marcos da independência do Judiciário – mascaram uma realidade feita de atos rotineiros de cooperação. Na disputa entre Jefferson e a Suprema Corte, o caso *Marbury v. Madison* é promovido como o marco zero do controle de constitucionalidade, mas na realidade, Marbury e seu contexto são muito mais um testemunho do poder presidencial do que da capacidade do Judiciário de desafiá-lo (capítulo 1).

O saldo de cooperação é certamente maior que o de desafio em relação aos presidentes, o que lhes permite ter a percepção de que os custos de manutenção da independência do Judiciário – nesses raros momentos de desafio – são menores que as vantagens que advém da cooperação, muito mais frequente.

Isso porque existem diversas situações em que a cooperação do Judiciário será muito importante para o Executivo. Para Keith Whittington, em seu livro *Political foundations of judicial supremacy*, o Executivo pode querer delegar poder ao Judiciário para ajudá-lo a manter sua coalizão política e dissuadir dissidentes, para que a Corte priorize sua agenda de reformas, diminuindo sensivelmente os custos da ação coletiva, para que o defenda contra desafios de opositores.³¹⁷ E Andrei Koerner entende que esses incentivos se aplicam também no contexto brasileiro.³¹⁸

Além desses motivos, especificamente na experiência Americana, Keith Whittington conclui que o Judiciário americano sobreviveu e se expandiu porque o federalismo, a separação de poderes, e a estrutura do sistema partidário americano todos foram fundamentais para encorajar os presidentes a apoiarem o desenvolvimento das Cortes.³¹⁹

³¹⁷ WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

³¹⁸ KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. Dossiê: 25 anos da Constituição de 1988. Novos Estudos CEBRAP. 96, julho 2013. p. 77.

³¹⁹ WHITTINGTON, Keith E.. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Op. cit., p. 289. “Federalism, separation of powers, and the particular structure of the American party system have played key roles in encouraging presidents to lend their support to the courts”.

Quando os presidentes americanos demonstram o seu interesse por um caso, em geral por intermédio do Departamento de Justiça e a apresentação de petições como *Amicus Curiae*, o resultado do litígio quase sempre se alinha ao seu objetivo. Os exemplos são muitos. Em *Brown v. Board of Education*, a administração do Presidente Eisenhower, embora publicamente tenha se mantido neutra, apresentou uma petição à Suprema Corte apoiando a demanda de *Brown*. Ou seja, o presidente utilizou a Suprema Corte para realizar uma política pública sem o ônus político de ter tomado tal decisão.³²⁰

Mesmo quando não obtém o que deseja do Judiciário, o poder executivo é o mais bem sucedido ator no processo de superação legislativa das decisões que lhe desagradam. Pelo menos essa é a conclusão de William Eskridge Jr., que estudou os casos em que leis foram aprovadas para superar precedentes da Suprema Corte americana entre 1967 e 1990, e concluiu que os grupos mais propensos a persuadirem o Congresso a fazê-lo são os executivos federais estaduais e locais, três níveis do executivo que juntos foram responsáveis por mais de 35% das reversões.³²¹

Essa preponderância do executivo sobre o judiciário decorre, como enfatiza Ferejohn, da exagerada preocupação dos fundadores do Estado americano com o legislativo, e da falta de preocupação com o executivo – considerado, junto com o judiciário, um poder mais fraco que aquele. Nesse sentido, não houve preocupação em desenhar limites claros para a interferência do executivo no judiciário, o que resultou em um desequilíbrio enorme de forças entre esses dois poderes, com claro protagonismo do primeiro.³²²

Assim como nos EUA, no Brasil o STF tem se alinhado constantemente com as políticas do Presidente da República, e a postura padrão é de cooperação com o Presidente, o que certamente ajuda a explicar a constante expansão de poder que o Supremo vem acumulando desde a redemocratização.

³²⁰ GRABER, Mark. A. “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary.” *Studies in American Political Development*. 7. p. 64.

³²¹ ESKRIDGE Jr., William N. “Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions”. *Yale Law Journal*. V. 101, nº 2 (Novembro de 1991). p. 348.

³²² FERREJOHN, John. “Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence”, *Op. cit.*, p. 380. “There was much less explicit concern among the Framers with regard to threats that might emanate from the executive branch. Indeed, except for requiring senatorial consent for judicial appointments, as Alexander Hamilton remarked in *The Federalist* nº 78, the courts remained quite dependent on the executive for getting cases to hear and carrying out judicial orders. The constitutional protections accorded to the courts were of little use against presidents who selectively enforced court rulings or who were able to organize successful public campaigns aimed at undermining judicial authority. In these cases, the only substantial protection for courts has been found in the necessity for the president to seek legislative and popular approval in order to interfere with the courts, and this has usually turned out to be quite hard to obtain and even harder to maintain.”

Mesmo no período imediatamente anterior à Constituição de 1988, o STF foi um ator estratégico durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), em especial na crise sobre o mandato do presidente Sarney, em que o presidente ameaçou ingressar com ação no STF para garantir a manutenção do seu mandato, que estava sob ameaça quando em janeiro de 1988 começaram as votações em plenário da ANC para definir o sistema de governo e o mandato presidencial.³²³

Alguns analistas falavam em “golpe jurídico”,³²⁴ outros, como Jarbas Passarinho (PDS/PA), apoiando o presidente, garantiam que “quando houver uma decisão do Supremo, as Forças Armadas serão obrigadas a mantê-la, já que têm responsabilidade pela ordem interna do país”.³²⁵

Cientes de que o STF “deu sinais favoráveis às teses conservadoras”,³²⁶ e de que, “uma sentença do STF (...) conferiria legitimidade constitucional à intervenção”,³²⁷ em 22 de março, a ANC convalidou o mandato de Sarney com 328 votos a favor, 22 contra e 3 abstenções.³²⁸

O STF foi igualmente cooperativo com Fernando Henrique Cardoso, em especial no seu movimento de reforma do Estado e da Constituição, nas reformas neoliberais que culminaram nas privatizações, e na estabilização financeira do país. Segundo Vanessa Elias de Oliveira, apesar de o Judiciário ter sido acionado em milhares de ações contra as privatizações, ele não vetou o projeto de FHC. Ou seja, “a convergência entre a política do Executivo e a interpretação da Constituição dada pelo Supremo permitiu a continuidade do programa [de privatizações].”³²⁹ Das 39 ADIs relacionadas a privatizações de 1988 a 2002 só uma ação teve o mérito julgado, e mesmo assim, o resultado foi a improcedência total do pedido.³³⁰

³²³ KOERNER, Andrei. FREITAS, Lígia Barros. *O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo* Lua Nova. São Paulo: 88, 2013, pp. 151 a 157.

³²⁴ Ibid., p. 152. “O presidente e seus aliados invocaram novamente o STF como parte das ameaças à ANC. Em 26 de fevereiro de 1988, no programa semanal *Conversa ao Pé do Rádio*, transmitido em cadeia nacional, ele advertiu contra supostas “minorias radicais” e era cogitada a possibilidade de ele defender seu mandato constitucional de seis anos junto ao STF. Para os analistas, as críticas à Constituinte compunham a vertente psicológica de um “golpe jurídico” em preparação. Depois da votação, o presidente recorreria ao STF com o argumento de que o Congresso Constituinte não tinha poderes para cortar seu mandato e os militares atuariam para proteger a decisão da mais alta instância do país”.

³²⁵ Ibid., p. 153.

³²⁶ Ibid., p. 156.

³²⁷ Ibid., p. 155.

³²⁸ Idem., .

³²⁹ OLIVEIRA, Vanessa E. “Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?” *Dados*, 48. Julho/Setembro 1995. p. 576.

³³⁰ Ibid., pp. 576-579.

Ernani Carvalho, em trabalho intitulado “Sua Majestade, o Presidente da República”,³³¹ estudou em detalhe 708 ADIs (ADI 1207 a 1915). Focando nas 120 ADIs, dentre essas, cujo objeto impugnado foi uma Medida Provisória, o autor conclui que, em relação aos atos normativos gerais, o STF comporta-se diferentemente quando julga as Medidas Provisórias.³³² E essa menor disposição do Supremo de invalidar as MPs decorreria, dentre outras razões, de “*um histórico papel de submissão do Judiciário ao Executivo*”.³³³

Mesmo se considerarmos o alerta de que a judicialização da política não ocorre apenas em ADIs, e deve ser investigada também em outras ações que chegam ao Supremo, para Barroso, a atuação do STF é tão marcadamente favorável aos interesses do Presidente que, mesmo sem estudos empíricos, ele é capaz de prever uma atuação do STF favorável ao erário, ou seja, sensíveis à Fazenda, como as relativas ao FGTS, à COFINS ou ao IPI alíquota zero, por exemplo, em que “*a Corte alterou ou a sua própria jurisprudência ou a do Superior Tribunal de Justiça, dando ganho de causa à União*”.³³⁴

No caso brasileiro, a cooperação com o executivo vai além do executivo federal, alcançando também os governadores dos Estados. Em seu estudo sobre a judicialização da política no Brasil, Werneck Viana³³⁵ observou que o segundo legitimado³³⁶ a propor ADIs com o maior índice de sucesso perante o STF são os governadores dos Estados, que utilizam o Supremo como ponto de veto contra leis estaduais aprovadas sem o seu apoio ou contra a sua vontade.³³⁷

Um número final sobre o caráter dependente e submisso do órgão de cúpula do Judiciário pátrio ao executivo. Citando um estudo que buscou analisar a aplicabilidade do

³³¹ CARVALHO, Ernani. Sua Majestade, o Presidente da República: Estudo de caso do controle de constitucionalidade dos atos do Executivo (1995-1998). Dissertação de Mestrado em Ciência Política defendida na Universidade Federal de Pernambuco. 2000.

³³² Ibid., p. 55.

³³³ Ibid., p. 92.

³³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*, op. Cit. . p. 37. “a atuação da Advocacia-Geral da União expressará o interesse ou o ponto de vista do Poder Executivo, especialmente do Presidente da República. Em questões que envolvem a Fazenda Pública, estudos empíricos certamente demonstrariam uma atuação favorável ao erário, revelada emblematicamente em questões de vulto, como as relativas ao FGTS, à Cofins ou ao IPI alíquota zero, por exemplo. Em todas elas, a Corte alterou ou a sua própria jurisprudência ou a do Superior Tribunal de Justiça, dando ganho de causa à União. A cultura política dominante ainda considera aceitável que Ministros de Estado visitem pessoalmente os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por vezes após iniciados os julgamentos, para pedirem decisões favoráveis ao ponto de vista em que têm interesse”.

³³⁵ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan. 1999.

³³⁶ Segundo Vianna, o mais bem sucedido legitimado é o Procurador Geral da República. VIANNA, L. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil* Op. cit., p. 121.

³³⁷ Ibid., p. 72

modelo atitudinal ao STF, Cristina Pacheco³³⁸ expõe que em 85,9% das ADIs analisadas o STF votou alinhado às preferências políticas do Presidente da República, tendo contrariado seus objetivos em apenas 14,1% dos julgamentos.

Arantes³³⁹ sintetiza o ponto de forma lapidar, informando que o controle de constitucionalidade é utilizado no Brasil de forma a se moldar “*aos interesses políticos (autoritários ou democráticos) do poder central e tem função estratégica para o Executivo brasileiro, caracterizado como historicamente forte, centralizador e autoritário*”.³⁴⁰

A percepção de que o Judiciário cooperou com o governo brasileiro mesmo em períodos não democráticos pode ser utilizada em outros contextos atuais, como no Egito. O empoderamento de Cortes em Estados não democráticos é um fenômeno que começa a chamar atenção e que merece um estudo mais aprofundado. A dinâmica, nesses casos, é de um Judiciário ainda mais cooperativo. Cooperando com o chefe do executivo, em geral o ditador, o Judiciário se desenvolve e ganha uma parcela substancial do poder estatal.

O exemplo de sucesso do Tribunal Constitucional Egípcio serve inclusive para enfraquecer as objeções à utilização da Rússia e da Bolívia como exemplos de fraqueza do Judiciário. Como veremos a seguir, o Egito tem um contexto possivelmente bem menos democrático que esses dois países e a sua Suprema Corte Constitucional permanece atuante, com demonstrações de expansão do seu poder. Comparando os três exemplos, nossa percepção é de que a relação com o Poder Executivo é a principal distinção entre eles. Nos casos russo e boliviano, o Judiciário adotou uma postura desafiadora, ao passo que no Egito, a Corte eventualmente atinge interesses do presidente, mas mantém uma postura preponderantemente cooperativa. Essa diferença parece-nos crucial.

Em suma, seja empoderando ou retirando independência, auxiliando na execução de decisões, ou ainda estabelecendo a “agenda” de casos do Judiciário, o Poder Executivo é certamente o ator mais importante no processo de construção do poder judicial.

2.1.1.2. O Poder Legislativo

³³⁸ PACHECO, Cristina Carvalho. *O Supremo Tribunal Federal e a Reforma do Estado*. Uma análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998). Tese de Doutorado em Ciências Sociais apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. 2006. p. 42.

³³⁹ ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo, Idesp: Sumaré. Fapesp: Educ. 1997.

³⁴⁰ PACHECO, Cristina Carvalho. *O Supremo Tribunal Federal e a Reforma do Estado*. Op. cit., p. 30.

Passemos agora a análise de outro ator político que influencia diretamente a expansão ou retração institucional da Corte: o legislativo.

No artigo que provavelmente inaugurou a discussão sobre a atuação majoritária ou contramajoritária da Suprema Corte Americana, Robert Dahl faz o esforço teórico de estabelecer um parâmetro para essa maioria a quem a Corte seria deferente (se majoritária) ou não (contramajoritária). Nesse esforço, sua concepção de maioria se traduz na ideia de “*lawmaking majority*”, que, embora compreenda também o presidente, tem por base o poder legislativo. *In verbis*:

We could, therefore, speak of a majority of those voting in the House and Senate, together with the president, as a “lawmaking majority.” (...) Such evidence as we have from opinion polls suggests that Congress is not markedly out of line with public opinion, or at any rate with such public opinion as there is after one discards the answers of people who fall into the category, often large, labeled “no response” or “don’t know”. If we may (...) take a “lawmaking majority” as equivalent to a “national majority,” then it is possible to test the hypothesis that the Supreme Court is shield and buckler for minorities against national majorities.³⁴¹

As análises realizadas ao longo do estudo de Dahl levam em consideração as maiorias no Congresso Nacional, e a esse grupo Dahl relaciona seu conceito de “maioria”, com o mérito da simplificação: basta compreender as maiorias no Congresso em cada legislatura ou para cada assunto e esse seria o parâmetro para uma atuação majoritária ou contramajoritária.³⁴²

Além disso, essa proposta parte da teoria da democracia e do constitucionalismo clássico, em que o Legislativo seria o departamento do governo representativo das maiorias. Contudo, na quadra histórica atual, essa associação enseja uma série de problemas, que se resumem no *déficit* de representatividade do poder legislativo.³⁴³

³⁴¹ DAHL, Robert. A. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”. 6 *Journal of Public Law*. 1957 pp. 284.

³⁴² Essa suposta simplificação faz mais sentido nos Estados Unidos, em que existem apenas dois partidos relevantes no cenário nacional, com posições ideológicas sobre assuntos morais razoavelmente claras. No caso brasileiro, as maiorias no Congresso costumam ser contingentes e de difícil percepção para certas questões.

³⁴³ A ideia iluminista do legislativo como o canal por excelência de representação da maioria dos cidadãos vem sendo questionada de forma veemente por alguns estudiosos do tema. Por todos, ver o excelente estudo de Mark Graber, em que ele propõe, a partir do estudo de Mann e Ornstein, “The Broken Branch: How Congress is Failing America and How to Get it Back on Track” que hoje o Legislativo americano é a “instituição desviante” da democracia americana, não o Judiciário. GRABER, Mark. A. The Counter-majoritarian Difficulty: From Courts to Congress to Constitutional Order. 4 *Annual Review of Law and Social Science* 361 (2008).

Duas teorias se destacam na tentativa de explicar esse déficit de representatividade: as chamadas *public choice theory* e *social choice theory*.³⁴⁴ A primeira se volta para a relação entre o eleitor e o eleito, e defende que não se pode assumir que a lei equivale à vontade da maioria. Os eleitores votam em candidatos, não em temas, e por isso, seria muito difícil extrair da formação do Congresso a preferência das pessoas sobre certos assuntos, e, mais do que isso, a intensidade dessas preferências.³⁴⁵ Já a segunda foca na relação interna entre os membros do parlamento e conclui que a preferência média dos legisladores não necessariamente se traduz no resultado legislativo. Ou seja, ainda que os representantes traduzissem fidedignamente a vontade dos representados, a estrutura do parlamento, com líderes, comissões e compromissos não permitiria que a vontade média dos representados se convertesse em lei.³⁴⁶

Justamente essa incapacidade do legislativo de refletir de forma acurada a vontade popular vem demonstrando a importância de se analisar os grupos de interesse enquanto agentes autônomos no processo de construção das instituições políticas.

Não obstante as discussões sobre a possível falta de representatividade do legislativo, o fato é que a partir do estudo de Dahl, muitos outros cientistas políticos estudaram essa questão tomando como parâmetro as maiorias legislativas.

E não há dúvidas que o legislativo é um ator fundamental para o Judiciário. Como vimos anteriormente neste trabalho, compete a esse poder a aprovação do Orçamento do Poder Judiciário, e é ele que possui competência para elaborar propostas de Emendas Constitucionais ou de leis superadoras de precedentes judiciais, por exemplo, bem como, nos casos brasileiro e americano, cabe ao Senado a aprovação dos indicados para a Suprema Corte.

No mais, não podemos confundir a eventual falta de representatividade das pessoas em geral com a total falta de representatividade. O fato de grupos de interesse e *lobbyistas* estarem cada vez mais associados com o poder legislativo não significa que eles não estejam representando grupos de poder suficientemente fortes para exercer algum tipo de pressão sobre o Judiciário.

³⁴⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Op. Cit, p. 205.

³⁴⁵ BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separation-of-powers doctrine. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University press, 2004. p. 43.

³⁴⁶ BARNES, Jeb. Adversarial legalism, the rise of judicial policymaking, and the separation-of-powers doctrine. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University press, 2004. p. 46.

Segundo George Lovell, há dois tipos de legisladores interessados em empoderar o Judiciário. O primeiro grupo estaria menos preocupado em alcançar o seu resultado preferido (*policy goals*) e primordialmente buscando alcançar importantes objetivos políticos (*political goals*). Outro grupo – de políticos fortemente interessados no tema – só teria incentivo para delegar para o Judiciário se perceber que pode alcançar seu resultado ótimo lá. Frequentemente, a coalizão parlamentar que apoia uma lei que empodera o Judiciário conta com parlamentares alinhados às duas categorias.³⁴⁷

Ou seja, para o primeiro grupo, o empoderamento decorrente de questões políticas sensíveis estaria menos preocupado com o resultado da política em si, e mais preocupado com a manutenção e/ou expansão do seu próprio capital institucional.³⁴⁸

In other cases where legislators are badly divided by conflicting demands from well-organized constituencies, legislators may decide to empower judges for reasons that have little to do with their policy goals. In such cases, legislators might be willing to give up some certainty about policy goals in order to achieve important political goals. Some legislators may not care how judges resolve the controversy so long as judges take the blame for contentious and potentially unpopular decisions.³⁴⁹

Nessa situação, percebe-se que podem existir parlamentares que tenham motivos para empoderar o Judiciário mesmo que esse não seja particularmente favorável à posição preferida daquele. O cálculo aqui é político e egoísta, não preocupado com os resultados práticos de a decisão ser tomada pelo Judiciário. Podemos assumir, portanto, que o legislador só terá incentivo para agir assim em questões divisivas que não sejam a base de suas bandeiras políticas.³⁵⁰

O *insight* de Lovell que divide o legislador em dois grupos (diretamente interessados e apenas indiretamente interessados) serve para enfatizar que mesmo aqueles que não tenham interesse direto na política a ser implementada podem ter interesse em transferir parte do poder decisório sobre o tema para o Judiciário, como forma de distribuir os ônus decorrentes daquela decisão entre os múltiplos atores.

Essa leitura não é intuitiva. A maioria dos estudiosos do tema costuma compreender o legislador empoderando o Judiciário quando este antecipa um Judiciário

³⁴⁷ LOVELL, George I. *Legislative Deferrals: Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2003. Pos. 295 (Versão para Kindle).

³⁴⁸ Embora nosso trabalho esteja enfatizando apenas o capital institucional do judiciário, é intuitivo que os demais atores políticos também podem ter o seu poder político medido a partir dessa métrica.

³⁴⁹ LOVELL, George I. *Legislative Deferrals: Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. Op. cit., Pos. 268.

³⁵⁰ Basta imaginar, por exemplo, um político que tenha sido eleito com a plataforma de legalização das drogas. Ele dificilmente será favorável ao empoderamento do Judiciário na questão se não tiver a percepção de que esse poder será favorável a sua posição.

cooperativo e favorável às posições preferidas daquele. Lovell, no entanto, enfatiza outras situações em que o Judiciário pode ser empoderado.

Embora o legislativo raramente influencie diretamente processos judiciais como faz o executivo, há consideráveis referências de momentos em que o legislador deixou claro para o Judiciário a sua posição preferida. Como em casos notórios da Guerra Civil americana, em que os parlamentares acompanhavam as audiências, ou em *Chadha* que, envolvendo diretamente a questão dos vetos legislativos, teve as duas casas do Congresso Americano peticionando como *amicus curiae* para tentar influenciar o resultado da decisão.³⁵¹

Em sua análise sobre os principais momentos em que o Congresso e a Suprema Corte americana estiveram fortemente fora de sintonia, Richard Pildes,³⁵² com base em estudo de Rosenberg, elenca nove períodos em que o legislativo esteve comprometido com a ideia de atacar o Judiciário para conformá-lo a sua vontade (e usa como matriz para sua observação a alta quantidade de projetos de lei que poderiam ser catalogados como desafios institucionais ao Judiciário, e não projetos de mera superação legislativa de precedentes). Segundo o autor, quatro desses nove períodos duraram apenas dois anos, dois duraram quatro anos, e apenas em três momentos históricos – 1802 a 1804, 1858 a 1869 e 1935 a 1937 – o legislativo permaneceu comprometido com seus esforços de retaliar o Judiciário, conseguindo o recuo da Suprema Corte.³⁵³

Pildes então questiona se nesses três episódios a mudança de posicionamento da Corte decorreu do medo de represálias do legislativo ou se foi uma consequência natural da sua mudança de composição.³⁵⁴ No período de 1858 a 1869, seis juízes se aposentaram e Lincoln nomeou cinco, o que indicaria que o processo de nomeação pode ter sido tão ou mais relevante para a mudança de tom do que o medo de represálias. Quanto ao primeiro e ao segundo período, de fato a Corte parece ter se dobrado aos desejos do Congresso. No primeiro, já vimos, o legislativo estava dominado pelos membros da coalizão

³⁵¹ GRABER, Mark. A. “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary.” *Studies in American Political Development*. 7. p. 64. “Congress rarely becomes directly involved in litigation, but legislative input has directly influenced several important legal decisions. (...) Lasser suggests that the Court in *Ex Parte Milligan* may have been swayed by the presence of prominent Republican lawmakers who served as counsel for the parties attacking the constitutionality of martial law declarations in the North during the Civil War. The appeal in *Chadha* might have lacked the necessary adversarial parties had the House and Senate not submitted an amicus brief”.

³⁵² PILDES, Richard H. “Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution?” (2011). New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 251. http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/251.

³⁵³ *Ibid.*, pp. 30-31.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 32

Jeffersoniana, e no segundo momento, eram os democratas comprometidos com o New Deal que dominavam.

Ou seja, Pildes enfatiza que o Congresso Americano raramente mudou o padrão decisório da Corte, e quando o fez, a mudança talvez tenha mais relação com as nomeações. Há quem interprete essa falta de atuação para conformar o Judiciário como um reflexo da concordância ou satisfação com as políticas adotadas por esse último, e não como uma menor saliência do legislativo no empoderamento do Judiciário.³⁵⁵

Por fim, há que se destacar que na experiência recente brasileira o legislativo tem sido o principal alvo da judicialização da política. Se comparado com o Poder Executivo, o legislativo brasileiro tem taxas muito baixas de sucesso em ADIs propostas perante o STF. Essa crescente interferência no legislativo é preocupante por várias razões. Mas a principal delas, no caso brasileiro, diz respeito à crescente democratização do Poder Legislativo. Analisando informações patrimoniais e de nível de educação dos parlamentares brasileiros, o cientista político Leôncio Martins Rodrigues³⁵⁶ concluiu que o Congresso Nacional vem sendo cada vez mais ocupado por pessoas menos associadas com elites socioeconômicas. A expansão do Judiciário nesse cenário de democratização do parlamento reforça teorias que vislumbram nessa expansão a manutenção do *status quo*, ou uma espécie de seguro de elites políticas.³⁵⁷

O exemplo brasileiro não é isolado. Se comparado ao executivo, o legislativo tem taxas de sucesso muito mais baixas no Judiciário. Parte desse fenômeno se deve ao fato de que os designs constitucionais tornam os mecanismos disponíveis para o legislativo exercer pressão sobre o Judiciário dependentes da cooperação do executivo, já que o processo legislativo – instrumento para o legislativo retaliar a corte – costuma contar com a participação do executivo.³⁵⁸ Além disso, regimes presidencialistas como o brasileiro e o americano criam uma distribuição desequilibrada de poder em favor do executivo. Nesse cenário, basta ao Judiciário decidir de forma consistente com os objetivos do executivo, e dificilmente será retaliado.

³⁵⁵ GRABER, Mark. A. “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary”. Op. cit., p. 65.

³⁵⁶ RODRIGUES, Leôncio M. Mudanças na classe política brasileira. São Paulo: Publifolha, 2006. Sobre o tema, ver também RODRIGUES, Fernando. *Políticos do Brasil: Uma investigação sobre o patrimônio declarado e a ascensão daqueles que exercem o poder*. São Paulo: Publifolha, 2006. Sobre o tema, ver as pp. 118/119.

³⁵⁷ Ambas serão vistas no próximo item.

³⁵⁸ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 81. Many of the noncompliance options (...) require cooperation among institutions. The legislature, for example, can reduce judicial salaries and jurisdiction, but may need the cooperation of the government.

Ainda assim, seja por possuir direta influência nos contornos institucionais do Judiciário, “*removing cases from the jurisdiction of the court, impeaching justices, refusing to raise salaries in times of inflation, and underbudgeting for material factors related to the proper functioning of the judiciary, such as buildings and staff*”³⁵⁹; seja por representar, ainda que de forma imperfeita, a vontade da maioria; o legislativo é certamente um ator com quem o Judiciário precisará cooperar.

2.2 Outros atores constitucionais

Neste item, analisaremos outros atores constitucionais que influenciam diretamente o desenvolvimento institucional da Suprema Corte: notadamente, os Grupos de Interesse e a Opinião Pública. Embora a sua qualificação como “atores constitucionais” não seja necessariamente intuitiva, e exija, portanto, alguma explicação, esse esforço está além das possibilidades desse trabalho. Basta dizer que a inserção da opinião pública e de grupos de interesse no conceito de “atores constitucionais” é congruente com as teorias do “constitucionalismo popular,”³⁶⁰ às quais, pelo menos nesse ponto, este trabalho adere.

Como já foi dito, a separação entre esses atores e aqueles que chamamos no item anterior de “atores políticos” decorre da forma como eles empoderam a Corte, que é sensivelmente distinta da forma como esses o fazem. A opinião pública, por exemplo, empodera o Judiciário quando expande o seu apoio difuso, ou quando apoia determinadas decisões, mas ela não tem o condão de, por si só, transferir competências constitucionais ou aprovar leis que facilitam a atuação do Judiciário. Ou seja, a opinião pública e os demais atores elencados aqui atuam nessa expansão de forma indireta, enquanto aqueles atuam diretamente.

2.2.1 A opinião pública

A relação entre uma Corte Constitucional e a opinião pública é extremamente complexa e difícil de auferir. A complexidade desse estudo decorre de múltiplos

³⁵⁹ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, op. cit., pp. 80-81.

³⁶⁰ Ver, por todos. KRAMER, D. Larry. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press. 2004.

fatores. O primeiro deles é a dificuldade de isolar a opinião pública de outras influências inerentes ao processo decisório de uma Corte Constitucional. Caldeira cita o estudo de Epstein e Martin,³⁶¹ por exemplo, que destaca algumas dessas variáveis: há uma clara tendência (específica da *Supreme Court* dos EUA) de reversão das decisões das cortes inferiores. Assim, como saber se a reversão de uma decisão proferida pela corte inferior – por exemplo, qualificada como liberal – foi revertida porque a Suprema Corte é conservadora, ou porque, embora também liberal, o vetor “tendência à reversão” prevaleceu sobre o “resultado político preferido pelos juízes”? Da mesma forma, a literatura sugere que o vetor “interesse do executivo federal” é crucial no processo decisório da Corte, favorecendo, em regra, as posições preferidas pelo governo americano. Como separar essas influências de um suposto alinhamento com a opinião pública?

Há outras questões, como os temas em que as disputas judiciais tendem a “voar abaixo do radar do público”, ou seja, decisões que simplesmente não chamam atenção do público em geral, e sobre as quais é pouco provável extrair uma opinião pública relevante.³⁶² O isolamento dessas variáveis dificulta sobremaneira a análise da influência da opinião pública no processo decisório judicial.

O segundo elemento que torna esse estudo complexo diz respeito à falta de dados cientificamente consistentes. Nos Estados Unidos, por exemplo, enquanto as pesquisas de opinião pública referentes ao apoio ao Presidente são feitas às centenas, com registros históricos de praticamente todos os ocupantes do cargo, os dados de pesquisas relacionadas à *Supreme Court* só existem a partir de 1935, em especial por conta do *court-packing plan*, e mesmo assim, entre esse evento e 1954 (ano de *Brown*) elas permaneceram pouco significativas. Apenas a partir do final da década de 1960 as informações passaram a compor uma base de dados acurada e contínua.³⁶³ Para contornar essa dificuldade, Barry Friedman, por exemplo, tentando demonstrar em seu livro “*The*

³⁶¹ CALDEIRA, Gregory. A. Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court. *The American Political Science Review*, V. 80, No. 4 (Dec., 1986), p. 1211.

³⁶² Esse exemplo específico está diretamente relacionado ao conceito de opinião pública que se adote. A dificuldade em precisar um conceito será analisada como um dos fatores que torna complexa a análise da interação entre opinião pública e Judiciário.

³⁶³ CALDEIRA, Gregory. A. Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court. *The American Political Science Review*, V. 80, No. 4 (Dec., 1986), pp. 1209-1226. Caldeira afirma que: “Thus, even though we now have data on public opinion and the Court from 1935 to the present, we have only recently begun to accumulate a lengthy string of comparable observations. Time-series regression, so often utilized with good effect in studies of presidential popularity, requires a substantial number of observations. Until recently, therefore, scholars of the Court could not study public support systematically across time.” p. 1212.

Will of the People”³⁶⁴ uma correlação entre as decisões da Suprema Corte Americana e a opinião pública desde os primórdios da nação americana, concedeu que em muitos casos a sua “opinião pública” seria encontrada a partir de matérias de jornal ou discursos políticos da época. Ele não está sozinho nessa redução. Caldeira, por exemplo, em seu estudo sobre a dinâmica de confiança do público na Suprema Corte dos Estados Unidos, utilizou-se da seguinte simplificação:

Cognizant of potential flaws, I have nonetheless employed the number of stories on the Court in the New York Times in a year as an indicator of public salience. That newspaper of course reaches only a fraction of the citizenry, but a large proportion of national opinion-leaders read the Times. One way or another, the Times’ coverage of the Court filters down into the towns and villages of America.³⁶⁵

Esse recurso à definição de opinião pública como equivalente à opinião publicada na imprensa – no caso de Friedman e Caldeira – nos remete ao terceiro fato que torna mais complexa a análise dessa relação: a definição de opinião pública. Substituir a opinião pública pelo povo é um bom artifício retórico, mas também não soluciona a questão. O próprio Friedman, em outro trabalho, reconheceu a impossibilidade de se avaliar de forma acurada se uma decisão contraria ou não a vontade da maioria: “*it is extremely difficult to know as a matter of simple mathematics whether the Court was acting at any given time in countermajoritarian fashion.*”³⁶⁶

McGuire e Stimson, por exemplo, utilizam como baliza para a opinião pública um vago conceito de “*public mood*”,³⁶⁷ que Friedman também utiliza em algumas ocasiões, quando afirma que a Suprema Corte dos Estados Unidos é influenciada pela opinião pública e a deferência ao “*mood*” da sociedade decorreria da percepção dos *Justices* de que o apoio do público é fundamental para que a Corte se mantenha eficaz e suas decisões permaneçam sendo cumpridas.³⁶⁸ Essa também é a conclusão de Vanberg.³⁶⁹

³⁶⁴ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009.

³⁶⁵ CALDEIRA, Gregory. A. Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court. p. 1216.

³⁶⁶ FRIEDMAN, Barry. *The History of the Countermajoritarian Difficulty*. Part One: The Road to Judicial Supremacy. pp. 37-38.

³⁶⁷ MCGUIRE, Kevin. e STIMSON, James. The Least dangerous branch revisited: New Evidence on Supreme Court responsiveness to public preferences. *The Journal of Politics*. V. 66, n. 4, Novembro de 2004, pp. 1018-1035. p. 1018.

³⁶⁸ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Op. cit. p. 368.

³⁶⁹ VANBERG, Georg. *The politics of judicial review in Germany* (political economy of institutions and decisions). Op. cit., p. 137. “a concern for sustaining public support for the court influences judicial

Muitos outros autores admitem, a partir de análises concretas, que há algo de verdadeiro na afirmação de Friedman. Ou seja, quando o “mood of the public” é liberal (conservador), a Corte tenderá a ter decisões mais liberais (conservadoras). Mas o que não pode ser comprovado é que essa tendência seja pura e simplesmente por uma concessão à pressão da opinião pública, como sustentam Lee Epstein e Andrew Martin,³⁷⁰ para quem os casos práticos não permitem que se conclua que os juízes simplesmente acatam a decisão da opinião pública. Essa leitura pode ser feita. Mas há uma leitura igualmente válida, que propõe que os juízes são, eles mesmos, parte da opinião pública, e submetidos aos mesmos eventos e forças que afetam a opinião dos outros membros do público. Não seria possível, então, isolar os juízes da opinião pública (ver capítulo I).

Há um exemplo mencionado por eles que ilustra o ponto: estudos comprovam que os juízes federais foram se tornando mais lenientes com os jovens que escapavam à convocação mandatória para a guerra do Vietnã, na medida em que a opinião pública em relação à guerra foi se tornando cada vez mais negativa. Para uns, isso seria uma prova cabal de que os juízes se conformam à opinião pública. Para outros, há uma conclusão igualmente possível: os juízes, enquanto parte da população, estavam cada vez mais céticos em relação à guerra, e cada vez menos inclinados a punir jovens que a evitavam. Afinal, eles são também parte da “opinião pública”.

Apesar de ser impossível traçar uma linha que demarque quanto o Juiz decide pressionado pela opinião pública ou tendo as suas convicções modificadas por ela – como integrante da mesma –, há certos consensos: a opinião pública pelo menos indiretamente afeta as decisões da suprema corte, na medida em que elege o presidente e os senadores, que irão escolher os juízes. E mesmo aqui, voltamos à questão que pode ser feita com relação à pressuposição assumida por Dahl: de que forma a opinião pública efetivamente se traduz nos políticos eleitos? Não é nosso objetivo entrar nessa questão aqui.

Se a opinião pública é complexa de definir, mais difícil ainda é auferi-la de forma cientificamente rigorosa. Ainda assim, pesquisas de opinião bem conduzidas podem fornecer dados importantes sobre uma opinião pública como representando a população em geral, como no caso canadense, em que a legitimidade da Suprema Corte foi testada em pesquisas de opinião que confirmaram um amplo apoio difuso à corte, não apenas

deliberation. Most importantly, judges candidly discuss the fact that sensitivity to prevailing public attitudes and opinions has an impact on judicial decision making.”

³⁷⁰ EPSTEIN, Lee. MARTIN, Andrew D. Does Public Opinion Influence the Supreme Court? Possibly Yes (But we’re not sure why). Artigo escrito para o Symposium The Judiciary and the Popular Will realizado pelo Jornal de Direito Constitucional da Universidade da Pennsylvania. 2012.

entre os anglófilos, mas também entre os canadenses de origem francesa.³⁷¹ Por essa razão, Friedman afirma que:

The accountability of the justices (and thus the Constitution) to the popular will has been established time and time again. To the extent that the judges have had freedom to act, it has been because the American people have given it to them. Judicial power exists at popular dispensation.³⁷²

Há evidências, pelo menos nos trabalhos de ciência política americana, que aspectos socioeconômicos influenciam diretamente a percepção que o público em geral tem da Suprema Corte, e, portanto, são formas de empoderamento ou enfraquecimento da Corte. Dois exemplos podem ser extraídos do estudo de Caldeira: há uma correlação direta entre a confiança que a opinião pública apresenta na Suprema Corte e os níveis de inflação e criminalidade.³⁷³ Quanto mais altos forem esses números, menor será a propensão das pessoas a concederem apoio difuso ao Judiciário. Claro, essa perda de confiança também será sentida nas demais instituições (executivo e legislativo), mas, como o Judiciário é mais dependente dessa força, ele se torna especialmente vulnerável.³⁷⁴

Pode parecer estranho mencionar os níveis de prosperidade ou condições socioeconômicas como um elemento que influencia a relação entre a opinião pública e o Judiciário. Afinal, as causas da inflação, ou aumento da criminalidade, por exemplo, são muito complexas para serem atribuídas a um único agente. Não seriam eventos gerados

³⁷¹ HIRSCHL, R. The Political origins of the New Constitutionalism. Op. cit., p. 129-130. Unlike the Israeli experience, however, there seem to have been only a minor decline in the perceived legitimacy of the Canadian Supreme Court, at least among Anglophone Canadians, despite the emergence of the court as a major national policymaking body over the past 15 years. A comprehensive public opinion survey conducted in 1987, for example, found that no less than 90% of English Canadian and 70% of French Canadian respondents said they had heard of the charter and a substantial majority of each group thought the charter "is a good thing for Canada" (Russell 1988, 398-99). In another comprehensive public opinion survey conducted in 1999, more than 87% of the respondents said they were aware of the charter, and 82% thought the charter "is a good thing for Canada" (Fletcher and Howe 1999, 3). Almost 80% of all the respondents said they were "somewhat or very satisfied" with the Canadian Supreme Court's performance. Moreover, both in 1987 and in 1999 more than 60% of the respondents thought that courts rather than legislatures are the most reliable institution in Canada and should have the final say when a law or administrative act was found conflict with the charter provisions (Russell 1988; Fletcher and Howe 1999, 11).

³⁷² FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Op. cit., p. 370.

³⁷³ Embora tenha testado também a relação entre o desemprego e a perda de confiança na Suprema Corte, Caldeira não encontrou uma relação direta entre esses dois eventos. Para ele, o fato da inflação exercer alguma influência e o desemprego não decorre do fato de que “

³⁷⁴ CALDEIRA, Gregory. A. *Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court*, Op. Cit., p. 1221. These results, moreover, should encourage scholars who have hypothesized that the amount of public support for various institutions tends to move upward and downward together to a considerable degree in lock step. Members of the public, in this conception, record happiness or displeasure with our institutions across the board. Some auxiliary statistical analyses provide further evidence of this phenomenon. For example, confidence in the Court.

para atingir o Judiciário. Talvez seja verdade. Mas isso não anula o fato de que tais eventos atingem sim o desenvolvimento desse poder. A menção a esses fatos tem um duplo propósito: primeiro, demonstrar que as variáveis sociais por trás dos eventos aqui estudados são extremamente complexas e fluídas; e segundo, que o desenvolvimento do Judiciário, ou o seu capital institucional – especialmente em relação à opinião pública – está inserido no arranjo institucional do Estado como um todo. Sua posição nesse desenvolvimento é ao mesmo tempo dependente e relativa em relação às demais instituições.

Anteriormente falamos que a opinião pública costuma valorar a presidência e o judiciário de forma similar. Nesse sentido, há uma interdependência entre essas instituições. Por outro lado, de forma aparentemente contraditória, a perda relativa de estima social do executivo pode beneficiar o Judiciário. Há um exemplo clássico dessa perda de capital institucional de uma instituição seguido do ganho da outra: o caso Watergate:

During and immediately after the consummation of Watergate and the resignation of President Nixon, support for the Supreme Court shot up more than 10 points. The Court benefitted from the president's woes, as I mentioned earlier, in part because of its association with defenses of the "Constitution" against what many in 1973 and 1974 perceived as frontal assaults on the underpinnings of the legal order.³⁷⁵

Nesse caso, contudo, a opinião pública associou o Judiciário como um antagonista do Presidente, permitindo àquele se capitalizar com a perda de poder deste.

Tudo isso deixa evidente a dificuldade de definir o conceito de opinião pública. Qualquer tentativa de uma definição precisa está além das nossas possibilidades. Mas se por um lado não faremos esse recorte, por outro ele não é imprescindível para o nosso estudo. A opinião pública em alguns casos se aproximará da população em geral, em outros estará mais relacionada à mídia, e em alguns outros a setores específicos da sociedade mais diretamente relacionados à política pública sobre a qual o Judiciário estará intervindo,³⁷⁶ ou seja, dependendo do conceito de opinião pública a que se adira, a distinção que fizemos entre esta e os grupos de interesse se torna inviável. Os dois grupos podem significar a mesma coisa. Em geral, nosso trabalho será guiado por uma percepção

³⁷⁵ CALDEIRA, Gregory. A. *Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court*. Op. cit.1222.

³⁷⁶ Nesse sentido, os grupos de interesse que estudaremos como uma categoria específica de agente constitucional são inseparáveis da opinião pública, mas foram dela destacados porque entendemos que cumprem um papel diferenciado na conformação do Judiciário, como veremos a seguir.

da opinião pública que não a resume aos grupos de interesse, mas não necessariamente engloba todos os cidadãos de um Estado. Essa definição não precisa ser cientificamente rigorosa para os nossos fins porque os estudiosos encontram uma correlação entre a opinião pública e o comportamento do Judiciário a partir de quaisquer desses parâmetros. É justamente por existir essa correlação que a opinião pública deve ser considerada um ator relevante no desenvolvimento institucional do Judiciário.

O que parece relevante destacar é que a opinião pública não pode se confundir com os grupos de interesse. Grupos de interesse cada vez mais influentes tem tornado a política majoritária cada vez menos representativa e a tentação de reduzir o todo a esses grupos é grande. Não se pode fazer essa confusão. Entendemos que a opinião pública é um ideal normativo, que deve ser utilizado como parâmetro para analisar as escolhas políticas e as decisões judiciais, na medida em que equivale ao somatório das opiniões de todas as pessoas. Esse caráter amplo e normativo da opinião pública é sua vantagem, pois confere imediatamente um selo de qualidade democrática para as decisões que a acompanharem, diminuindo como contramajoritárias as que lhe forem contrárias. Mas é, ao mesmo tempo, a sua desvantagem. Muito fluída e suscetível a mudanças bruscas, torna-se um parâmetro pouco confiável, que é incapaz de ser alcançado com precisão.

Ou seja, para estabelecer parâmetros de avaliação política de uma decisão do STF, os grupos de interesse são agentes muito mais confiáveis. Embora a opinião pública seja importante para o apoio difuso, são esses grupos os vetores a partir dos quais a opinião pública processa e adquire as informações dessas decisões, e acabam sendo os melhores caminhos para expandir ou retrain esse apoio difuso. Nesse sentido, Baum chega a rejeitar a opinião pública como um agente importante no processo decisório e legitimador do Judiciário.

De fato, se levarmos em conta o dado apresentado por Brian Feldman, que nos Estados Unidos – país que conta com uma longa tradição democrática e judicial – apenas metade da população sabe que a Suprema Corte tem o poder de exercer o controle de constitucionalidade,³⁷⁷ concluiremos que os grupos de interesse são muito mais representativos para o empoderamento do Judiciário do que uma “opinião pública” genérica.

2.2.2 Os Grupos de interesse

³⁷⁷ FELDMAN, Brian M. “Evaluating Public Endorsement of the Weak and Strong forms of Judicial Supremacy”. *Virginia Law Review*. V. 89, n. 5, Setembro de 2003, p. 1018.

Nos últimos anos, os estudos sobre o tema baseados na teoria dos grupos de interesse aumentaram significativamente, já existindo um consenso sobre a captura das arenas legislativas por esses grupos.³⁷⁸ Partindo das explicações sobre o desencontro entre a vontade dos eleitores e dos eleitos, e da crise de representatividade do parlamento, que já mencionamos no item sobre o legislativo, essa teoria enfatiza a crescente relevância de grupos de interesse no processo político. A incapacidade dos representantes de acessarem a vontade dos seus constituintes os torna mais suscetíveis a responder a demandas prontas e bem articuladas, que permitem ao político compreender melhor de que forma e a quem estarão beneficiando. Esse contexto desfaz a igualdade pressuposta no “*one man one vote*”, e minorias organizadas, articuladas e bem financiadas acabam vendo suas demandas políticas mais prestigiadas em detrimento de grupos difusos e desorganizados, incapazes de pressionar seus representantes para além do momento eleitoral.³⁷⁹

A questão que nos interessa, no entanto, é se esse processo de captura se aplica também ao Judiciário.

Em um artigo intitulado “*Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*”,³⁸⁰ Einer Elhauge enfrentou a seguinte questão: será que a percepção de que grupos de interesse influenciam desproporcionalmente o processo político majoritário, tornando os resultados produzidos pelas arenas legislativas pouco ou nada compatíveis com os interesses das pessoas em geral, justifica uma atitude do Judiciário menos deferente em relação às escolhas do legislativo?³⁸¹

Para o professor de Harvard, a resposta é não, pelo simples fato do processo decisório judicial não poder ser tratado como se fosse alheio às pressões de grupos de interesse. Em suas palavras:

[e]ven if interest group theory succeeds in demonstrating defects in the political process, that would not justify the leap to the conclusion that more intrusive judicial review would improve lawmaking. The litigation process cannot be treated as exogenous to interest group theory because that process is also subject to forms of interest group influence that would be exacerbated if judicial review became more intrusive.³⁸²

³⁷⁸ ELHAUGE, Einer R. Does Interest Group Theory Justify more Intrusive Judicial Review? Yale Law Journal. V. 101, 1991-1992. pp. 31-110.

³⁷⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Op. cit., p. 205.

³⁸⁰ ELHAUGE, Einer R. Does Interest Group Theory Justify more Intrusive Judicial Review? Op. cit.

³⁸¹ Ibid., p. 34.

³⁸² ELHAUGE, Einer R. Does Interest Group Theory Justify more Intrusive Judicial Review? Op. cit., p. 34

Ou seja, as críticas à influência dos grupos de interesse no processo legislativo precisam levar em consideração que o judiciário também está submetido às mesmas pressões, ainda que elas se materializem de forma distinta. Para o autor, há que se abandonar a visão ingênua de que a independência das Cortes e dos juízes permite que eles se mantenham acima das disputas de grupos de poder e da influência de grupos de interesse.³⁸³

As formas com que grupos de interesse influenciam o processo decisório, seja na arena legislativa ou na arena judicial, são muitas, e vão desde campanhas publicitárias e outros mecanismos de influenciar o processo informacional, até subornos.³⁸⁴ Todas essas atividades, somadas ao fato de que os grupos de interesse precisam monitorar os diversos canais decisórios – parlamento, agências reguladoras, judiciário, etc. – para saber quando precisam agir e se o resultado da ação foi satisfatório, importam em um enorme gasto de dinheiro, tempo, e outras espécies de recursos.³⁸⁵ O que, pelo menos em princípio, sugere que grupos médios e bem financiados serão mais eficientes em atingir seus objetivos do que grandes grupos de natureza difusa, ou grupos pequenos demais para serem capazes de exercer alguma influência.³⁸⁶

Além de todas as formas de influência que ocorrem tanto no processo político quanto na arena judicial, Elhauge entende que à medida que o controle de constitucionalidade se expande como *locus* de definição de políticas públicas, a influência de grupos de interesse no processo de nomeações de membros da Suprema Corte aumenta consideravelmente. Em suma, o autor defende que a expansão do controle de constitucionalidade acarreta, inexoravelmente, o aumento da influência de grupos de interesse nesse ambiente.³⁸⁷

Evidenciada a influência de grupos de interesse no processo judicial, há que se apresentar a definição que damos para o termo. Nossa proposta é evitar uma delimitação precisa, para abarcar o máximo possível de agentes constitucionais interessados em alcançar objetivos políticos. Não precisam constituir uma pessoa jurídica, ou ter qualquer tipo de vínculo formal. O “grupo” pode ser apenas um conjunto abstrato de pessoas que compartilham um mesmo objetivo político.

³⁸³ Ibid., pp. 109-110.

³⁸⁴ Ibid., p. 36.

³⁸⁵ Idem.

³⁸⁶ Ibid., p. 39.

³⁸⁷ Ibid., pp. 80-82.

William Eskridge Jr., em seu estudo sobre a influência de grupos de interesse no processo de reversão de precedentes da Suprema Corte americana, estabeleceu os seguintes “grupos de interesse”: o governo federal, interesses difusos, caracterizados como os interesses da maioria ou de muitos americanos; grupos empresariais organizados, governos estaduais e locais, trabalhadores organizados em sindicatos, mulheres, deficientes, ambientalistas, veteranos de guerra, imigrantes ilegais, minorias de qualquer outra natureza e os pobres.³⁸⁸ Além desses exemplos de Eskridge Jr, poderíamos citar ainda a “elite socioeconômica” de um país, os ativistas de direitos humanos, etc.

Eskridge não estava preocupado em delimitar conceitualmente os grupos que analisou, mas, em função da nossa sistematização, podemos definir os grupos de interesse como qualquer coletividade que não se confunda com os atores políticos (executivo e legislativo), nem sejam tão difusos a ponto de se confundirem com o público em geral ou com a opinião pública.

Para além dessa definição, existe uma espécie de grupo de interesse que se destaca pela sua organização e eficiência: o “lobby” organizado. Os estudos sobre o tema destacam que esses grupos lobistas organizados costumam transmitir informações pertinentes aos legisladores, utilizam diversas técnicas que vão desde a persuasão até métodos ilegais para exercer pressão sobre os pontos de veto do sistema, e em geral gastam enormes quantias de dinheiro, tudo isso para exercer mais poder do que lhes caberia em função do número de pessoas que representam.

Mesmo Friedman, cujos trabalhos buscam relacionar a Suprema Corte à opinião pública, e não apenas a grupos de interesse, concede que as críticas contramajoritárias não surgem apenas quando a maioria é contrariada, mas também quando desagradam grupos que, mesmo não sendo numericamente majoritários, são suficientemente relevantes para não se sentirem uma minoria:

Ultimately one concludes that it is neither necessary nor sufficient for the courts to act in countermajoritarian fashion to engender countermajoritarian criticism. Rather, all that is required, assuming the other factors are present, is that the courts act in a manner that is contrary to the interests of some group “substantial” enough that it does not see itself as a distinct minority.³⁸⁹

³⁸⁸ ESKRIDGE Jr., William N. “Overriding Supreme Court Statutory Interpretation Decisions”. Op. cit., pp. 422-423.

³⁸⁹ FRIEDMAN, Barry. *The History of the Countermajoritarian Difficulty*. Part One: The Road to Judicial Supremacy, op. cit., p. 39.

Justamente com relação aos grupos de interesse, a teoria constitucional e a prática do Judiciário se tornam bastante divergentes, para não dizer opostas. Na teoria constitucional, o poder do Judiciário de invalidar leis é, grosso modo, justificado em razão da necessidade da democracia majoritária ser convertida em uma democracia funcional. Ou seja, o judiciário pode atuar insulado de pressões majoritárias justamente para proteger as minorias que estejam sendo oprimidas pelas maiorias. Na nossa visão, podemos vislumbrar essas minorias como grupos de interesse, afinal, pelo menos hipoteticamente estarão reunidos em buscar mecanismos políticos para escaparem da opressão.

Contudo, na prática de atuação das Cortes Constitucionais em todo o mundo, seu poder tem sido utilizado, em regra, para proteger minorias economicamente e socialmente poderosas. Há diversas razões para isso. A primeira, como já mencionamos no capítulo anterior, decorre do fato de que os juízes são parte dessa elite e acabam, ainda que de forma sutil e não consciente, sendo mais simpáticos aos seus pleitos e demandas. Mas mais do que isso. Baum acredita que o sentimento inerente ao ser humano de ser aceito e em alguma medida admirado em seus círculos sociais torna as opiniões desses grupos muito mais importantes para o processo decisório do Judiciário do que a opinião pública em geral.³⁹⁰

Ferejohn igualmente destaca os grupos de interesse como potenciais ameaças à independência judicial. Segundo ele, “*In our market driven society, such influences [to judicial independence] seem as likely to emanate from powerful social or economic forces as from other public officials*”.³⁹¹ Esses grupos podem afetar o Judiciário na medida em que costumam preencher os requisitos necessários para desestabilizar a sua independência, quais sejam: têm interesse decisivo em decisões ainda que elas desrespeitem precedentes; têm recursos econômicos e influência política e social suficiente para intimidar um juiz, e conseguem canalizar sua vontade de forma organizada e eficiente para interferir nessa independência. Em suma, os grupos de interesse costumam reunir o poder, a vontade e, claro, o interesse necessários para conseguir um Judiciário que coopere com os seus objetivos.³⁹²

³⁹⁰ BAUM, Lawrence. *Judges and their Audiences. A perspective on judicial behavior*. Op. Cit. p. 155,

³⁹¹ FERREJOHN, John. *Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence*, Op. cit., p. 369.

³⁹² FERREJOHN, John. *Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence*, Op. cit.p. 370.

Por isso, ainda segundo Ferejohn, é natural que a influência de grupos de interesses econômicos nas democracias liberais seja desproporcional, a ponto de se tornar crônica.³⁹³ A importância dos grupos de interesse para o empoderamento judicial é tanta, que muitas das teorias que explicam esse processo são qualificadas, como veremos a seguir, como *interest-driven theories*.³⁹⁴ Elites políticas, econômicas e jurídicas são apontadas por Hirschl como os grupos de interesse que dão sustentação à expansão do constitucionalismo e da universalização de direitos.³⁹⁵

Os grupos de interesse, em suma, influenciam o empoderamento do Judiciário na medida em que permeiam todas as instituições (o executivo e o legislativo), e compõem ainda a opinião pública, mas também influenciando diretamente o processo judicial para conformá-lo às suas vontades. Por tudo isso, são atores muito relevantes para o processo de empoderamento do judiciário.

2.3 O próprio Judiciário

A análise do Judiciário, enquanto ator da construção da independência judicial, parece óbvia. O Judiciário é diretamente responsável pelo seu sucesso institucional.³⁹⁶ Mas essa obviedade não anula o fato de que o Judiciário tem mecanismos próprios e uma infinidade de ações que auxiliam o seu processo de expansão enquanto agente independente. Claro que, muitas vezes, ainda que o Judiciário atue de forma consciente no desenvolvimento do seu poder, questões conjunturais ou até mesmo a força exercida pelos demais atores serão tão fortes que ele não terá condições de se desenvolver. Como vimos acima, há outros atores que atuam em conjunto com o Judiciário, e é a interação com esses atores que nos interessa neste capítulo.

2.4 Por quê. As razões para empoderar as Cortes

³⁹³Ibid., p. 371.

³⁹⁴Ibid. p. 375.

³⁹⁵HIRSCHL. R. "The Political Origins of the New Constitutionalism". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 11, No. 1 (Winter 2004), pp. 72-73. Para Hirschl, "the trend toward constitutionalization is hardly driven by politicians' genuine commitment to democracy, social justice, or universal rights. Rather, it is best understood as the product of a strategic interplay among hegemonic yet threatened political elites, influential economic stakeholders, and judicial leaders. These three self-interested groups tend to form coalitions of legal innovation to determine the timing, extent, and nature of constitutional reforms."

³⁹⁶Essa informação, embora intuitiva e até certo ponto óbvia, é central para o desenvolvimento da nossa tese, e, por isso, merece ser destacada. Aprofundaremos o tema no capítulo 3.

Tendo visto por quem o poder Judiciário é construído, agora precisamos analisar quais as diferentes perspectivas que explicam por que esses atores transferem poder para o Judiciário, ou seja, quais são os incentivos dessa delegação de poder? Ou mesmo quando não atuam diretamente fortalecendo o judiciário, porque os atores constitucionais, notadamente o legislativo e o executivo, assistem de forma “passiva” a expansão daquele poder? E mais, mesmo depois da criação ou expansão do poder judiciário, quais razões explicam como ele pode, quando pode, se estabilizar como um poder forte?

Uma das questões fundamentais relacionadas a esse processo é a seguinte: “Por que o Congresso e o presidente não utilizam as ferramentas que possuem para controlar o Judiciário?” Essa pergunta é extremamente pertinente em relação ao *impeachment*, um mecanismo poderoso de pressão, a ser feita pelos poderes políticos, que se tornou pouco usual.

Teorias normativas respondem essas perguntas a partir de alguns precedentes históricos como *Marbury v. Madison*, com a sua lógica da hierarquia das normas, ou a decisão de não aceitar o *impeachment* do *Justice Chase*, como o faz o ex *Chief Justice Rehnquist*. Além desses argumentos teóricos, muitos outros, como Spaeth e Segal, analisam o histórico americano e simplesmente descartam a possibilidade do uso político de instrumentos de limitação do poder judicial, como *impeachment* de juízes, ou mesmo propostas de emenda constitucional para mudar atribuições institucionais (um exemplo é a proposta de revisão de decisões judiciais pelo Congresso). Mas essas ferramentas e outras não deixaram de existir. Como ressalta Ferejohn, a questão fundamental não é quais ferramentas existem ou não teoricamente para o Congresso disciplinar o Judiciário, mas porque o Congresso não quer usá-las para exercer esse poder?³⁹⁷

³⁹⁷ROGERS, James R. “Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Executive Interaction”. *American Journal of Political Science* 45. pp. 84-99. p. 95. “Some commentators seem to doubt the need for a rationale to explain Congress's behavior. For example, Rehnquist asserts in his book on impeachments that the “Chase acquittal has come to stand for the proposition that impeachment is not a proper weapon for Congress ... to employ in ... confrontations” over judicial philosophy (1992, 134). Scholars frequently echo a form of Rehnquist's claim. Spaeth and Segal, for example, flatly posit that “Supreme Court justices cannot be removed from office for unpopular decisions” (1999, 18 emphasis added). Regarding Congress's power over the Court's jurisdiction, Pritchett similarly concludes that “It may well be argued that the clause in the Constitution giving Congress control over the Court's appellate jurisdiction has in effect now been repealed (...).” (1961, 122). In a 1999 essay, however, Ferejohn replies to this and similar claims by asking how does “the ‘precedent’ established in the failure of the attempt to convict Justice Chase (...) have any restraining effect on future congressional impeachment”? (1999, 358) Ferejohn does not question that a “precedent” or “norm” exists, he does question that merely positing the existence of a norm serves as an explanation for the norm. He argues that the appropriate question must be, “why doesn't Congress want to discipline the Court?”

Quanto à atuação ativa de empoderamento do Judiciário, nossa perspectiva será estratégica e empírica, focando em geral nas chamadas *interest-driven theories*.³⁹⁸ A ênfase não será em explicações contraintuitivas que sugerem que o executivo e o legislativo empoderaram o Judiciário por compreenderem a importância da garantia de direitos para a evolução da dignidade da pessoa humana e das sociedades em geral.³⁹⁹ Muitos estudos simplesmente assumem como uma consequência natural da democracia⁴⁰⁰ e da evolução das sociedades a ampliação dos direitos aos seus cidadãos e a criação de Cartas de Direitos,⁴⁰¹ com o consequente empoderamento do Judiciário. O perigo é que essa intenção, baseada em um ideal de expansão de direitos, naturalize esse processo como parte dessa desejável “evolução social”,⁴⁰² sem que se percebam as intenções políticas mais relevantes para esse processo.

Hirschl propõe-se a explicar porque o empoderamento do judiciário a partir da criação de Cartas de Direitos não é tão somente parte natural da evolução social das respectivas sociedades. Ou ainda, porque a teoria constitucional *mainstream* tampouco é capaz de explicar os exemplos de empoderamento estudados por ele. Para o autor, essas perspectivas erram quando ignoram os interesses e objetivos das pessoas envolvidas no processo, como se a história fosse uma inevitabilidade. Apenas uma perspectiva que considere as múltiplas perspectivas dos interessados no empoderamento pode explicar porque, por exemplo, sucessivas propostas de criar uma Carta de Direitos foram apresentadas em Israel a partir do final da década de 1950, mas apenas em 1992 tal legislação foi aprovada. A resposta, segundo Hirschl, precisa ser compreendida a partir

³⁹⁸ FERREJOHN, John.. *Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence*, Op. cit., p. 372. “The interest group theory of government, (...), sees public policy as the result of interest group bargaining.”

³⁹⁹ HIRSCHL, Ran. “The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions.” *Law and Social Inquiry*, 25. 2000. p. 94.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 72. “the trend toward constitutionalization is hardly driven by politicians’ genuine commitment to democracy, social justice, or universal rights.”

⁴⁰¹ A perspectiva evolucionista do direito propõe que as instituições jurídicas evoluem conforme o contexto socio-econômico da sociedade evolui. Um dos seus precursores teria sido Adam Smith, que teria proposto que conceitos de contrato e propriedade privada só puderam ser concebidos quando a sociedade se estruturou em torno da agricultura. Nessa linha teórica estão aqueles que associam aspectos culturais e de subdesenvolvimento, por exemplo, com um caráter mais frágil das instituições jurídicas. E, por esse ângulo, uma carta de direitos que efetivamente proteja as minorias do abuso das majorias seria o mais alto estágio de desenvolvimento constitucional de uma sociedade. Vide, HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization*. HIRSCHL, Ran. “The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions.”, Op. cit., p. 97.

⁴⁰² Ibid., p. 93. “In fact, many scholars assume that bills of rights are a necessary prerequisite, if not a sufficient condition, for the actual protection of rights and liberties and that such bills are the result of a systemic political need, a reflection of some sort of sociolegal evolution, or the result of politicians’ devotion to an elevated vision of human rights.”

das múltiplas perspectivas da “*rational choice theory*”, e do “novo institucionalismo”,⁴⁰³ que buscam demonstrar que o empoderamento do Judiciário vem sempre acompanhado de algum ganho para os grupos políticos que o patrocinam. Parafraseando Machiavel, o empoderamento do Judiciário nunca é um fim em si mesmo, mas um meio para alcançar outro(s) objetivo(s). Como resume Hirschl:

Political power holders usually attempt to shape the institutional structure within which they operate so that it best suits their interests.(...) In other words, those who are eager to pay the price of judicial empowerment assume that their position vis-a-vis other political forces would be improved under a ‘juristocracy’.⁴⁰⁴

Ou seja, em regra os agentes constitucionais farão o possível para concentrar poder em suas mãos. A delegação desse poder para o judiciário só acontece se existir uma razão específica que indique para o agente – em um cálculo puramente político – mais vantagens do que desvantagens.⁴⁰⁵

Nem mesmo os ingleses, tradicionalmente associados com o surgimento dos primeiros documentos “constitucionais”, como a Magna Carta, etc., o fizeram por uma suposta “superioridade moral ou intelectual”. Ao contrário. O pacto entre a nobreza e o rei que deu origem ao “*Bill of Rights*” e à Magna Carta se explica muito mais pela fraqueza do Rei (Executivo) do que por um desejo verdadeiro de “liberdade”. Os nobres estavam em condição de exigir um compromisso como esse do Rei Inglês, que viu esse “empoderamento” de outras instituições como a única saída para a sua sobrevivência institucional. Por essa razão, tal compromisso não surgiu na França ou em outros países em que o monarca era suficientemente forte para sequer cogitar tal compromisso.

O mesmo se aplica aos Estados Unidos, em que o embrião do controle de constitucionalidade foi um instituto usado nas colônias pelo parlamento inglês para

⁴⁰³ HIRSCHL, Ran. “The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions.”, op. Cit., ., p. 100.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 94.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 84. “A realist, strategic approach to judicial empowerment focuses on various power holders’ self-interested incentives for deference to the judiciary. (...) legislative deference to the judiciary and judicial empowerment through constitutionalization do not develop separately from the concrete social, political, and economic struggles that shape a given political system. Indeed, the expansion of judicial power is an integral part and an important manifestation of those struggles, and cannot be understood in isolation from them. (...) because constitutions and judicial review hold no purse-strings, have no independent enforcement power, but nonetheless limit the institutional flexibility of political decision makers, the voluntary self-limitation through the transfer of policy-making authority from majoritarian decision-making arenas to courts seems, prima facie, to run counter to the interests of power-holders in legislatures and executives. Unless proven otherwise, the most plausible explanation for voluntary, self-imposed judicial empowerment is therefore that political, economic, and legal power holders who either initiate or refrain from blocking such reforms estimate that it serves their interests to abide by the limits imposed by increased judicial intervention in the political sphere.”

controlar atos “quase legislativos”. Essa função foi atribuída a um órgão, o *Privy Council*, que foi empoderado para cooperar com o parlamento inglês na aplicação de suas leis e para evitar que as colônias estabelecessem políticas contrárias às Inglesas.⁴⁰⁶

Ou seja, desde seus antecedentes históricos, o “*judicial review*” surgiu como um instrumento de controle dos governantes sobre os governados, ou, na linha do que defendem Gargarella e Ginsburg,⁴⁰⁷ o Judiciário só foi inicialmente empoderado nos Estados Unidos para servir como uma instituição que conteria, a partir de argumentos racionais e de uma linguagem jurídica que privilegia a segurança e a tradição (precedentes), os excessos redistributivos e igualitários do resto da sociedade. Nas palavras de Ferejohn:

First, when framing the structure of the federal government, there was general agreement among the delegates that a great deal of attention had to be paid to carefully laying out and limiting congressional powers. Much less worry was expended on placing limits on what Framers thought would be a relatively weak executive and judiciary. But more importantly, Madison, and most of the other Framers who met in Philadelphia, believed that the state legislatures were the most frequent source of dangerous and unjust legislation. They imagined the states pouring forth a veritable torrent of defective law that would form the most fundamental threat to the liberties of the people. They took little solace in the capacity of the other institutions of state government to control or check the popular branches. (...)⁴⁰⁸

Partindo dessa visão estratégica e predominantemente política, elencamos nove razões para transferir poder às Cortes. A teoria da preservação hegemônica; a teoria do Seguro ou “*Entrenchment Thesis*”; a teoria da superação de obstáculos; a transferência de questões políticas divisivas; a posição específica do Judiciário; o potencial limitador do direito; a atração de investimentos; o judiciário como ponto de veto às maiorias; e, por fim, a abertura de um canal emancipatório para minorias subrepresentadas ou não representadas no processo político majoritário.

⁴⁰⁶ GILLMAN, Howard., GRABER, Mark A., WHITTINGTON, Keith E. *American Constitutionalism*. Volume I. Structures of Government. New York, Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 34. “The Council was concerned to ensure the supremacy of English Law across the empire, along with a reasonable uniformity. It wished to prevent the colonies from making policies that would undercut the policies being pursued by England”.

⁴⁰⁷ GARGARELLA, Roberto. “La Dificultad de Defender el Control Judicial de Las Leyes”. *Isonomía*. n. 6. Abril de 1997. Ver também, de Gargarella: “Towards a Typology of Latin American Constitutionalism, 1810-60.” *Latin American Research Review* 39.2 (2004): 141-153. Project MUSE. Web. 26 Nov. 2012. <http://muse.jhu.edu/>; e ainda: “Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois.” Em *Filosofia política moderna*. Clacso, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP. 2006.

⁴⁰⁸ FERREJOHN, John. *Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence*. Op. cit., pp. 378-380.

Essa lista não é necessariamente exaustiva, pois, como destaca Ferejohn, “*it is hard to find a completely satisfactory account for the stability of judicial independence, even if there is an explanation for its provision.*”⁴⁰⁹

2.4.1 Teoria da preservação hegemônica

Em sua visão absolutamente pragmática, Hirschl tenta explicar o empoderamento do judiciário como o meio “*by which pre-existing and ongoing socio-political struggles in a particular polity are carried out*”.⁴¹⁰ Para ele, a tendência de expansão da “juristocracia” é parte de um processo mais amplo, em que elites econômicas e políticas tentam retirar das vicissitudes do processo político democrático – em que se tornam cada vez menos influentes – a definição de políticas públicas, e fazem isso a partir de um discurso de promoção de uma democracia substantiva que protege direitos e garantias individuais.⁴¹¹

Quanto mais verdadeiramente democrático for um país, menor são as certezas no que diz respeito aos titulares dos cargos eletivos, tanto no executivo quanto no legislativo. Mais difícil se torna para um grupo prosperar no poder de forma contínua e longa. Para suavizar essas incertezas, políticos podem encontrar no Judiciário um aliado menos submetido à sensibilidade das urnas. Em situações em que um grupo político econômico e socialmente dominante antecipa a perda de poder, ele irá incentivar a troca de uma perspectiva do “vencedor leva tudo” para uma em que as vitórias nas urnas são apenas parciais, já que parte das políticas públicas será formulada por um poder menos instável. Essa é em síntese, a teoria da preservação hegemônica, elaborada por Hirschl a partir do seu estudo sobre as transformações constitucionais ocorridas no Canadá em 1982, na Nova Zelândia em 1990, em Israel em 1992 e na África do Sul em 1993, em que ele encontrou um padrão nítido de motivação para o empoderamento do Judiciário nesses quatro países. Em suas palavras:

In response to perceived threats by peripheral groups, elites who possess disproportionate access to and influence upon the legal arena often initiate a constitutional entrenchment of rights in order to insulate policymaking from popular political pressure. Power is transferred from majoritarian decision-making arenas to national high courts, where they assume their policy

⁴⁰⁹ FERREJOHN, John. *Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence*. Op. cit., p. 375.

⁴¹⁰ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 11, No. 1 (Winter 2004), p. 73.

⁴¹¹ Idem.

preferences will find greater support. (...) Under such conditions, increasing judicial intrusion into the prerogatives of the legislature and the executive through the constitutionalization of rights and the establishment of judicial review may provide an efficient short-term institutional solution for ruling elites, who given an erosion in their popular support, may find strategic drawbacks in adhering to majoritarian decision-making processes.⁴¹²

Algumas características que singularizam essa teoria são apresentadas por Hirschl. A primeira delas busca caracterizar o grupo que busca sua preservação. Embora Hirschl tenha se baseado na concepção de “mercado eleitoral” formulada por Ramseyer, com base em formulação original de Posner, que sugere uma correlação entre a competitividade da disputa partidária e o desenvolvimento do judiciário (quanto mais competitivas as eleições, menores as certezas de vitória, e maior a chance de delegação de poder ao judiciário)⁴¹³ a sua proposta é mais ampla que esta, na medida em que tal perspectiva seria simplista demais para explicar o empoderamento do Judiciário em países em que as diferenças transcendem as barreiras partidárias e são mais bem explicadas em termos étnico-sociais.

E mais, uma perspectiva focada em disputas partidárias seria incapaz de explicar o empoderamento inicial do judiciário paradigma para todos: o americano. O exemplo da reforma constitucional de 1992 de Israel demonstra a inviabilidade de limitar a “teoria da preservação hegemônica” apenas a disputas partidárias: a reforma foi iniciada por uma coalizão suprapartidária liderada por membros do Knesset, que incluía membros dos partidos tradicionalmente rivais do país, o Likud, então no poder, e o partido trabalhista, seu principal opositor, além de membros de partidos menores, como o Meretz e outros grupos representando a burguesia secular.⁴¹⁴ Em suma, a disputa partidária não explicaria o empoderamento do judiciário em Israel.

Portanto, grupos dos mais variados buscam sua preservação no judiciário, podendo ser culturais e étnicos, como no caso dos judeus askhenazi em Israel, brancos na África do

⁴¹² HIRSCHL, Ran. “The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: lessons from four constitutional revolutions”. *Law & Social Inquiry*, V. 25, No. 1 (Winter, 2000), pp. 91-2.

⁴¹³ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 11, No. 1 (Winter 2004), pp. 86-87. Observing variations in the degree of judicial independence among industrial democracies, Mark Ramseyer and Eric Rasmussen develop Landes and Posner’s argument into an “electoral market” model, which suggests that judicial independence correlates to the competitiveness of a polity’s party system. When a ruling party expects to win elections repeatedly, the likelihood of judicial empowerment is low. (...) when a ruling party has a low expectation of remaining in power, it is more likely to support an independent judiciary to ensure that the next ruling party cannot use the judiciary to achieve its policy goals. In other words, under conditions of electoral uncertainty, the more independent courts (or other semi-autonomous regulatory agencies) are, the harder it will be for the successive government to reverse the policies of the incumbent government.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 102.

Sul, etc., ou ainda critérios socioeconômicos de elites que privilegiam uma filosofia econômica específica em detrimento de outras, como no caso de elites econômicas neoliberais em Israel e outros países na década de 80 e 90.⁴¹⁵ Mais comumente, segundo Hirschl, esse incentivo existe não apenas para um grupo hegemônico, mas para vários. A confluência de elites políticas que antecipam a perda de poder nas arenas majoritárias, elites econômicas que querem preservar sua posição vis-à-vis propostas de reformas econômicas, e grupos da burocracia estatal ligados ao Judiciário que veem a expansão do poder judicial como um aumento para o próprio prestígio costuma ser o conjunto que dá apoio difuso para o legislativo e o executivo delegarem poder ao judiciário. Em geral a reunião desses três grupos costuma formar os grupos hegemônicos de todas as sociedades. Por isso Hirschl qualifica sua teoria como preservação dessa hegemonia.⁴¹⁶

Outra característica da preservação hegemônica diz respeito à postura do Judiciário com relação à política preferida por essas elites: o Judiciário deve ser cooperativo. Como mencionado por Hirschl, um requisito do empoderamento consciente do Judiciário é a sua propensão de decidir de acordo com as propensões culturais e preferências políticas das elites hegemônicas tradicionais.⁴¹⁷

Isso porque a transferência de poder nesse caso é feita de forma consciente e estratégica. Há uma razoável certeza de que as políticas preferidas por essas elites serão derrubadas nas arenas majoritárias. Essa é, para Hirschl, uma diferença fundamental de sua teoria para a teoria do seguro de Ginsburg,⁴¹⁸ cujo empoderamento do judiciário ocorre por uma preocupação sistêmica com o futuro, em geral relacionada a transições políticas. Nesse cenário de Ginsburg, o fortalecimento do Poder Judicial ocorre sem que o

⁴¹⁵ Nesse exemplo israelense, a teoria da preservação hegemônica se aproxima da tese da atração de investimentos e da preservação do status quo, que veremos mais a frente no capítulo.

⁴¹⁶ HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 11, No. 1 (Winter 2004), p. 91. When facing possible threats to their policy preferences in majoritarian decision-making arenas (such as a growing influence on the part of historically disenfranchised or underrepresented groups and interests in democratically elected policy-making bodies), elites who possess disproportionate access to, and influence over, the legal arena may initiate a constitutional entrenchment of rights in order to transfer power to supreme or constitutional courts. Typically, such pro-constitutionalization elites comprise the urban intelligentsia, the legal profession, and the managerial class. They often represent historically hegemonic enclaves of political and economic power holders, who tend to adhere to an agenda of relative cosmopolitanism, open markets, formal equality, and Lockean-style individual autonomy. Based on the essential tendency of classic civil liberties to protect the private sphere (human or economic), as well as on the courts' record of adjudication and justices' ideological preferences, these elites can safely assume that their policy preferences will be less effectively contested.

⁴¹⁷ HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 11, No. 1 (Winter 2004), pp. 91-92. This process of conscious judicial empowerment is likely to occur (a) when the judiciary's public reputation for political impartiality and rectitude is relatively high and (b) when the courts are likely to rule, by and large, in accordance with the cultural propensities and policy preferences of the traditionally hegemonic elites.

⁴¹⁸ Que veremos no próximo item.

alinhamento desse poder com os grupos que patrocinam esse processo precise ser tão evidente quanto aqui.⁴¹⁹

Por fim, essa transferência pode ser feita por grupos cuja hegemonia está ameaçada, mas que ainda sejam fortes o suficiente para patrocinar essa transferência de poder para um judiciário cooperativo.⁴²⁰

Traçadas as características gerais, alguns exemplos ajudam a ilustrar a teoria.

A revolução constitucional ocorrida em 1992 em Israel é o exemplo paradigma da teoria de Hirschl, pois lá não se tentou mascarar esse processo em uma suposta evolução na tutela de direitos de minorias ou na ampliação de direitos fundamentais para grupos pouco assistidos pelo Estado. Os interesses políticos que conduziram a constitucionalização de direitos e a criação do controle de constitucionalidade eram explícitos.

A história do empoderamento do Judiciário em Israel pode ser resumida em dois atos. O primeiro, que vai da independência, em 1948, até o meio dos anos 1980, foi marcado por uma clara hegemonia política da elite burguesa, em geral associada com os Askhenazi. Esse grupo não era uniforme. Parte formava o Likud, conservador; e a outra, os trabalhistas, mais a esquerda. Apesar da subdivisão, no geral⁴²¹ compartilhavam dos mesmos valores de moderação com relação à questão palestina, e um respeito ao modo capitalista de desenvolvimento econômico. Enquanto essa “elite” dominou o parlamento (Knesset), as principais lideranças governistas rejeitaram tanto a criação de uma Constituição escrita enumerando direitos⁴²² quanto o desenvolvimento do controle de constitucionalidade.

A partir do final dos anos 1980, três fatos começaram a mudar em rápida velocidade esse cenário: a imigração em massa de pessoas vindas de lugares tão diferentes

⁴¹⁹ HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 11, No. 1 (Winter 2004), p. 104. All of these instances of judicial empowerment through constitutionalization did not stem from constitutional negotiations under a veil of systemic uncertainty at times of political transition. Rather, they were the outcome of a deliberate strategy undertaken by hegemonic yet threatened political elites (in association with economic and judicial elites sharing compatible interest) who found strategic drawbacks in adhering to democratic decision-making processes. From an instrumental perspective, judicial review may facilitate effective transition to democracy by providing insurance to prospective electoral losers. However, it must not be overlooked that “hegemonic preservation” through constitutionalization is driven in no small part by forces and interests antithetical to democratic governance.

⁴²⁰ *Ibid.* p. 105. Hirschl fala em “threatened but still dominant political powers”, como nos casos de Israel, Nova Zelândia e África do Sul.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 112. Desconsiderando aqui, claro, os extremistas que existiam principalmente no Likud.

⁴²² *Idem.*, Israel é um dos poucos países que não possui uma Constituição escrita. A não adoção de um texto escrito pelo parlamento (Knesset) é associada ora com a tradição dos colonos britânicos, ora com o fato dos parlamentares terem evitado definir em um texto fundamental uma solução para a tensão entre a maioria que considera Israel um Estado Judaico e uma crescente minoria não judia que vive no país.

como União Soviética e Etiópia, aumentando em 15% a população do país, o crescimento considerável da população de judeus pobres (em geral de ascendência Misrazhi), bem como o recrudescimento dos grupos radicais ortodoxos.⁴²³ A pressão crescente por demandas sociais desses grupos começaram a incomodar de forma cada vez mais consistente a hegemonia das elites políticas até então existentes. Comprometidos com uma postura econômica neoliberal, e uma leitura secular do Estado, os grupos hegemônicos começaram a perder espaço de representatividade no parlamento, mais do que um terço dos assentos entre 1981 e 1995, enquanto os partidos representando grupos marginalizados mais do que dobraram nesse período. A sensação de perda de poder tornou-se palpável.⁴²⁴ Curiosamente, justamente nesse momento uma ampla coalizão com parlamentares dos principais partidos,⁴²⁵ historicamente contrária ao empoderamento do Judiciário,⁴²⁶ começou a patrocinar leis que enumerassem direitos e outras que garantissem a sua tutela judicial, claramente delegando poder para esse departamento do governo. Nesse cenário, a conclusão de Hirschl é contundente e afirma que a delegação voluntária de poder do parlamento para o judiciário a partir da criação de direitos e do estabelecimento do controle de constitucionalidade, em princípio contraintuitiva, na verdade serviu para diminuir a importância da política majoritária na determinação de políticas públicas e gradualmente transferir o *locus* de disputas políticas para uma arena supostamente “apolítica”, na qual a ideologia das elites dominantes de Israel, os Asquenazi e a burguesia secular, tem tido uma clara dominância:

The seemingly counterintuitive voluntary delegation of authority from the Knesset to the judiciary through the entrenchment of rights and the establishment of judicial review decreased the significance of majoritarian politics in determining the public policy agenda and gradually transferred the locus of political struggle to a seemingly apolitical arena, where the ideology of the "enlightened public"-the ruling elite of Israel and its Ashkenazi, secular bourgeois constituency-has traditionally enjoyed a clear dominance. This alliance between the Supreme Court, the neoliberal economic elite, and the secular bourgeoisie initiated the constitutional revolution and the transition to "juristocracy," not as a means for protecting human rights in Israel or as a

⁴²³ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 11, No. 1 (Winter 2004), pp. 112/114

⁴²⁴ *Ibid.*, pp. 109-110.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 114.

⁴²⁶ *Ibid.*, pp. 112-113. During the first three decades of Israel's independence, when its control of Israeli politics was almost undisturbed, [the Ashkenazi bourgeoisie] was opposed to the adoption of a bill of rights and repeatedly mounted a strong defense of the democratic character of parliamentary sovereignty and majority rule (...) But as the political representatives of the secular Ashkenazi bourgeoisie started to lose their grip on Israeli politics, their attitude toward judicial review has changed. (texto ligeiramente editado).

solution to a systemic ungovernability crisis but simply as a way to protect its hegemony and to promote the policies favored by its members.⁴²⁷

E de fato, nos anos que se seguiram, a Suprema Corte de Israel atuou como parte da coalizão até então hegemônica da burguesia secular, ocidentalizada e neoliberal, com decisões marcadamente contrárias aos interesses dos judeus ortodoxos e das classes mais humildes. Decisões autorizando uma lápide escrita em alfabeto romano – e não em hebraico; derrubando a proibição do governo de importação de carne não-kosher; submetendo todas as decisões das “Cortes rabínicas” à própria Suprema Corte; estendendo direitos a parceiros homossexuais de funcionários da principal companhia aérea do país; derrubando a proibição de mulheres e judeus não-ortodoxos em conselhos religiosos; e obrigando que uma via de automóveis em um bairro ortodoxo de Jerusalém permaneça aberta durante o Sabbath são apenas alguns exemplos que claramente afrontaram os interesses de grupos religiosos⁴²⁸. Em outra frente, a Corte afastou do rol dos direitos tutelados constitucionalmente o direito de greve e o direito à educação universal e custeada pelo Estado;⁴²⁹ enquanto concedeu ao direito à propriedade um *status* constitucional privilegiado perante as leis aprovadas pelo parlamento⁴³⁰; e no que talvez seja o exemplo mais representativo, utilizou o princípio da injusta discriminação para derrubar uma iniciativa dos vários Ministérios do governo controlados pelos partidos religiosos de construção de moradias para famílias pobres ultra-ortodoxas em Jerusalém, tudo isso para conter os anseios de grupos pobres (Judeus Mizrahi, imigrantes da antiga União soviética, e minorias religiosas árabes e ortodoxas) naturalmente demandantes de direitos sociais com crescente participação no parlamento e no executivo.

Esse padrão de empoderamento de um Judiciário cooperativo como forma de manutenção de poder por uma elite socioeconômica e cultural enfraquecida ou ameaçada não aconteceu apenas em Israel. Os exemplos vão do Canadá à África do Sul, passando pela Nova Zelândia.

No Canadá, a reforma constitucional de 1982, que introduziu a Carta de Direitos e Liberdades como uma norma com *status* constitucional teve como motor principal a pressão política para preservar o *status quo* político e institucional, favorável a uma elite anglófona, Protestante e capita lisa, contendo com isso o movimento separatista do

⁴²⁷ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 11, No. 1 (Winter 2004), ., p. 115.

⁴²⁸ *Ibid.*, pp. 118-119.

⁴²⁹ *Ibid.*, ., p.119.

⁴³⁰ *Idem.*

Quebec, além das crescentes demandas por autonomia cultural, e linguística de outros grupos e regiões, decorrentes das dramáticas mudanças sociodemográficas enfrentadas pelo país nas cinco décadas anteriores.⁴³¹ Embora desde a década de 1930 houvesse alguma mobilização política pela retirada do comércio parlamentar de alguns direitos e garantias por meio de uma Carta de Direitos, assim como em Israel, nenhuma dessas iniciativas evoluiu enquanto as elites políticas se mantiveram incontestadas e não ameaçadas politicamente por outros grupos.⁴³²

No novo contexto sóciopolítico, *“the Charter and newly established judicial review procedures in Canada have been used by threatened elites to transfer policymaking authority from majoritarian decision-making arenas to the Supreme Court”*.⁴³³ Os exemplos do Judiciário canadense cooperando com a elite anglofônica, capitalista e protestante são vários, e o mais representativo de todos talvez seja a decisão que a Suprema Corte proferiu em 1998 declarando inconstitucional uma hipotética secessão unilateral da província de Québec (francófônica e minoritária em relação ao *status quo* anglófilo). Uma decisão como essa, estritamente “consultiva” e hipotética,⁴³⁴ expôs claramente o viés político da Suprema Corte⁴³⁵ e gerou uma imensa perda de capital político do judiciário naquela província.⁴³⁶

Na África do Sul, a conversão da elite branca historicamente contrária à constitucionalização de direitos e ao fortalecimento do Judiciário a uma posição em que passou a defender justamente isso quando se deparou com o fim da segregação racial e a crescente participação de negros nas arenas majoritárias, é considerada, de forma um tanto

⁴³¹ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 11, No. 1 (Winter 2004), p. 127.

⁴³² *Ibid.* p. 126.

⁴³³ *Ibid.* p. 128.

⁴³⁴ Na verdade, três anos antes, um referendo foi efetivamente submetido à população do Québec sobre a secessão do Canadá, e o movimento separatista perdeu por uma margem mínima (50.6% a 49.4%). Ainda assim, como a proposta havia sido derrotada, não é possível falar que o Québec estava de fato se tornando independente do Canadá e a demanda feita à Suprema Corte teve caráter estritamente “consultivo”. *Idem.*, p.128.

⁴³⁵ Os principais autores que estudam a arquitetura institucional do Judiciário e do controle de constitucionalidade concordam que a Jurisdição consultiva costuma ser uma imensa fonte de desgaste para as Cortes Constitucionais, especialmente porque essas demandas costumam ser feitas sobre temas politicamente divisivos e altamente disputados.

⁴³⁶ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 11, No. 1 (Winter 2004), p. 129. It is not surprising, then, that in sharp contrast with the rest of Canada, the majority of Quebecois are open to the idea of eliminating the Canadian Supreme Court altogether if its decisions consistently run counter to Canadian public opinion (Fletcher and Howe 1999) and that Quebec is the only Canadian province that has not endorsed the constitutional arrangement of 1982.

sarcástica, como “milagrosa” por Hirschl.⁴³⁷ Entre o final dos anos 1980 e início dos anos 1990, foram aprovadas uma *Bill of Rights* provisória (1993), e a definitiva (1996), além de ter sido criada a Corte Constitucional em 1995. Nelson Mandela tornou-se presidente em maio de 1994.

A expansão do STF também parece se encaixar nessa lógica, na medida em que também aqui essa relação entre crescente judicialização da política e crescente participação de grupos não hegemônicos no parlamento pode ser observada. A expansão do ativismo do STF é concomitante ao aumento da participação de pessoas advindas de classes sociais mais baixas no Congresso Nacional.⁴³⁸

Além de explicar a constitucionalização de direitos e a criação do controle de constitucionalidade em vários países, o raciocínio por trás do modelo proposto por Hirschl também explica o empoderamento de outras instituições “semi-independentes”, como Bancos Centrais; agências reguladoras ambientais e organizações e tribunais internacionais.⁴³⁹ Em todos, a lógica seria a mesma: grupos suficientemente poderosos para delegar o poder vislumbram um cenário em que terão mais a ganhar do que a perder com essa transferência de poder.⁴⁴⁰

Outra teoria com traços similares a essa também explica o empoderamento do judiciário: a teoria do seguro.

2.4.2 Teoria do Seguro ou “entrenchment thesis”

A “*Insurance Theory*”, ou teoria do Seguro, pode ser entendida como uma versão da teoria da preservação hegemônica. Para alguns seriam até sinônimas. De fato, os autores que formularam essas teorias utilizam alguns exemplos em comum para ilustrá-las, como é o caso do empoderamento do Judiciário ocorrido na África do Sul⁴⁴¹ e também o caso de Israel. Mas há nuances que permitem distingui-las. Primeiro, foram formuladas

⁴³⁷ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 11, No. 1 (Winter 2004), p. 99.

⁴³⁸ Falamos sobre o tema ao tratar do legislativo. Ver, RODRIGUES, Leôncio M. *Mudanças na classe política brasileira*. São Paulo: Publifolha, 2006. Sobre o tema, ver também RODRIGUES, Fernando. *Políticos do Brasil: Uma investigação sobre o patrimônio declarado e a ascensão daqueles que exercem o poder*. São Paulo: Publifolha, 2006. Sobre o tema, ver as pp. 118-119.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 93.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, pp. 91/92.

⁴⁴¹ Hirschl, como vimos no item anterior, utiliza a África do Sul como exemplo da teoria da preservação hegemônica. Já Tom Ginsburg, explicando a teoria do seguro, expõe que: “The adoption of judicial review in South Africa in the early 1990s provides a textbook illustration of the insurance theory”. GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 55.

por autores diferentes, respectivamente, Ran Hirschl e Tom Ginsburg. Além disso, segundo Hirschl, a teoria de Ginsburg estaria focada em uma perspectiva puramente partidária, enquanto a sua teoria seria mais ampla. Outra diferença, igualmente apontada por Hirschl, diz respeito ao tipo de situação em que a constitucionalização ocorre. Para Hirschl, a “teoria do seguro” de Ginsburg estaria mais voltada para situações de reconstrução (ou construção) de todo o sistema (tipicamente presentes em transições de regimes autoritários para democracias) em que o empoderamento judicial é um seguro contra um ambiente absolutamente instável e imprevisível. A sua teoria da preservação hegemônica seria mais voltada para situações de relativa estabilidade institucional, em que há uma elite hegemônica e ela sabe exatamente o que está acontecendo. Haveria previsibilidade na perda de poder, e o empoderamento do judiciário seria uma transferência consciente.⁴⁴²

A “teoria do seguro” de Ginsburg está, portanto, mais preocupada em relacionar o design institucional do controle de constitucionalidade com a distribuição de poder entre partidos e grupos políticos no momento em que as instituições são moldadas. Segundo ele, o *judicial review* será mais poderoso quando houver maior dispersão de poder no momento de elaboração do sistema, e será mais limitado quando um único partido controlar o processo.⁴⁴³ *In verbis*:

judicial review provides an insurance policy for prospective losers in the electoral arena. The design of the system will reflect in part the configuration at

⁴⁴² HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. Op. cit., pp. 87/89. Contudo, ambas compreendem o mesmo elemento motivador do empoderamento: a insegurança e perda de controle sobre as políticas públicas, como reconhece o próprio Hirschl: “The electoral market thesis is quite insightful when analyzing the politics of constitution-making processes during periods of regime change and political transition. Judicial review, argues Tom Ginsburg, is a solution to the problem of uncertainty in constitutional design. By providing “insurance” to prospective electoral losers, judicial review can facilitate transition to democracy.” No mesmo artigo, Hirschl trata da diferença entre reconstruir sistemas e o seu modelo de “ajuste” de um Sistema já existente: What is more, from an analytical standpoint, there is a difference between at least two scenarios for judicial empowerment through constitutionalization: 1) constitution-making in “rebuilding the ship at sea” situations where most pertinent actors operate under a veil of systemic uncertainty and embedded unpredictability (as in most negotiated transitions from authoritarian to democratic regimes), and may therefore opt for judicial empowerment as a type of insurance in an unpredictable contractual environment; and 2) a distinctly different constitutionalization scenario, not necessarily linked to any formal political transition, regime change, or constitutional negotiations, whereby hegemonic yet threatened elites voluntarily initiate and carry out constitutionalization and judicial empowerment in an attempt to entrench or “lock in” their policy preferences against growing influence of historically disenfranchised or under-represented groups and interests in majoritarian decision-making arenas. Whereas the “thin” strategic thesis provides a compelling explanation for the emergence of judicial review under conditions of systemic uncertainty in new democracies, it misses a crucial driving force behind the second constitutionalization scenario (namely, constitutionalization as a form of self-interested political entrenchment of contested ideological worldviews, national identities, and policy preferences). p. 89.

⁴⁴³ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. cit., p. 49.

the time of constitutional drafting, with the availability and power of judicial review increasing with political diffusion.⁴⁴⁴

Para analisar a validade dessa percepção, Ginsburg testou empiricamente a teoria do seguro em dois grupos de países com transições democráticas recentes - os países comunistas do leste europeu e os países da América latina - e formulou duas hipóteses que relacionam a dominância de um partido ou de uma coalizão majoritária e o design institucional do *judicial review*: a primeira diz respeito ao tempo do mandato dos juízes, e a segunda, ao número de legitimados para provocar a Corte.

Quanto à primeira, observou que quanto maior a dominância de um partido, menor os mandatos dos juízes.⁴⁴⁵ Isso porque se um grupo deseja fazer um “seguro” colocando juízes aliados nessa posição, quanto maior o mandato dos juízes maior será o tempo do seguro. A *contrario sensu*, quanto maior a dominância de um partido sobre os demais, e maior a sua expectativa de manutenção desse poder, menos preocupado estará com a blindagem institucional no Judiciário, o que significa uma tendência a menores mandatos e mais oportunidades de remodelar politicamente a Corte.⁴⁴⁶

A segunda hipótese diz respeito aos legitimados para provocar a Corte. Segundo Ginsburg, quando um partido é forte, tem ampla maioria e não antecipa a perda de poder, sua posição preferida será um controle de constitucionalidade com poucos legitimados, de preferência, internos ao governo.⁴⁴⁷ Ou seja, quanto mais legitimados, maior é a probabilidade do design institucional decorrer de um seguro, na medida em que são os grupos minoritários que privilegiam um modelo de *judicial review* com amplo acesso, multiplicando os canais de contestação da coalizão dominante. É esse o caso da Colômbia, em que grupos historicamente oprimidos tiveram ampla participação na reformulação constitucional de 1991, como veremos no último capítulo. Fora dos países recém democratizados, Ginsburg cita como exemplo o caso da França, que no nascimento da quinta república contava com uma coalizão em torno de De Gaulle extremamente sólida e só previa como legitimados alguns órgãos do governo. Essa legitimidade restrita mudou sensivelmente em 1974, quando um governo de coalizão, liderado pelo pequeno partido Republicano e pelo Presidente Giscard d’Estaing, ampliou consideravelmente essa

⁴⁴⁴ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. Cit., p. 64.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 62.

⁴⁴⁶ Idem., “This is because reappointments and short-term length give politicians the ability to influence judges, especially if a party anticipates staying in power through multiple reappointment cycles”.

⁴⁴⁷ Um modelo que serviria de exemplo, ainda que fora do paradigma democrático, é o sistema brasileiro anterior a 1988, em que só o Procurador Geral da República tinha legitimidade para propor uma demanda de controle concentrado perante o STF.

legitimidade. A frágil coalizão liderada por um partido sem força para permanecer no poder por um longo período tinha todo o incentivo para fazer um seguro, e o fez ampliando a legitimidade para peticionar perante o *Conseil Constitutionnel*, o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade na França.⁴⁴⁸

Sua conclusão, depois de analisar os modelos constitucionais em 35 países da América latina e do leste europeu, é de que os países com design institucional que mais fortalecem o Judiciário (independência e acesso) são aqueles em que o poder é mais distribuído e está constantemente mudando de mãos, confirmando, para Ginsburg, a consistência da teoria do seguro.⁴⁴⁹

Embora Ginsburg tenha utilizado a dominação partidária como um parâmetro da sua pesquisa, não nos parece correto afirmar, como faz Hirschl, que a teoria de Ginsburg é focada apenas na interação entre partidos, em especial porque Ginsburg aplica sua teoria do seguro também para explicar o surgimento do *judicial review* na fundação do Estado Americano, mesmo reconhecendo que a Constituição americana foi elaborada antes da existência de partidos políticos.⁴⁵⁰ No caso americano, o seguro teria sido pensado pelos estados que iriam compor a União, pois nenhum dos treze era suficientemente grande para ser o mais poderoso, e o cenário, era, portanto, de grande insegurança e dispersão de poder.⁴⁵¹ Nesse contexto, os estados admitiram um controle judicial das leis estaduais, para garantir que na realização do comércio entre eles, nenhum iria prevalecer sobre os demais.⁴⁵²

Apesar das diferenças apontadas, tanto a teoria da preservação hegemônica de Hirschl quanto a Teoria do Seguro de Ginsburg compreendem o mesmo elemento motivador do empoderamento, a insegurança decorrente da possível perda de controle sobre as políticas públicas nas arenas majoritárias.⁴⁵³ Parece-nos que a diferença é,

⁴⁴⁸ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* Op. cit., p. 49-54.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 64.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 58.

⁴⁵¹ Ibid., p. 59. the configuration during the constitutional bargaining process was one in which thirteen states of various sizes sought to negotiate a union. None of the thirteen was sufficiently large to be able to dominate the others.

⁴⁵² Idem., Free trade in federal systems is endangered by problems of securing credible commitments to the free flow of goods among the component parts. Each state in federalist polities, the reasoning runs, would like to sell goods to all other states but, other things being equal, would like to protect its own market. Without a guarantor to ensure that states cannot enact protectionist legislation, this configuration will soon lead to a high-protection, low-trade outcome. It may be in the interests of each state to accept constraints imposed by independent courts as the price for keeping the other states in line as well.

⁴⁵³ Como reconhece o próprio Hirschl: The electoral market thesis is quite insightful when analyzing the politics of constitution-making processes during periods of regime change and political transition. Judicial review, argues Tom Ginsburg, is a solution to the problem of uncertainty in constitutional design. By

sobretudo, de grau. Em ambos os casos, o objetivo é criar/empoderar uma instituição para preservação de uma política que poderia ser anulada ou modificada na arena majoritária. A Teoria da preservação hegemônica seria voltada a dar resposta a questões mais estruturais da sociedade; enquanto a proposta da teoria do seguro seria mais focada em fatores políticos contingentes.

Por isso entendemos que a “teoria do seguro” não precisa ficar circunscrita a explicar a dinâmica apenas de novas democracias, como sugeriu Ginsburg. A teoria do seguro é mais ampla e multifacetada. Ou seja, o “seguro” que motiva o empoderamento pode existir em qualquer ambiente institucional de disputa de poder. Ele pode se dar, como o próprio Ginsburg reconheceu citando o exemplo americano, quando entes federativos fazem um seguro contra os demais;

Ou ainda, se admitida em um formato mais cotidiano, menos transformador, ela também explica muito da expansão do poder Judiciário americano, como demonstrou Howard Gillman, em seu texto “*How Political Parties can use the courts to advance their agendas: Federal Courts in the United States. 1875-1891.*”,⁴⁵⁴ no qual ele se refere à teoria da preservação hegemônica como sinônima da teoria do seguro. Segundo esse autor, as duas leis que reformularam e expandiram o Judiciário Federal americano no final do século XIX – o *Judiciary and Removal Act* de 1875, e o *Evarts Act* de 1891 -⁴⁵⁵ foram aprovadas por Congressos controlados pelo Partido Republicano imediatamente depois de terem perdido as eleições e o controle futuro:

[I]ame-duck Republican Congresses immediately prior to losing control of all or part of the Congress, this argument echoes Hirschl’s (2000) “hegemonic preservation thesis,” which assumes that elected politicians have a motivation to empower courts when their control over policy outcomes is challenged in majoritarian decision-making arenas.⁴⁵⁶

O objetivo de Gillman é explicar por que um judiciário pobre, com poucos recursos, que não atraía a nata da comunidade jurídica americana e estava desmoralizado depois da decisão *Dred Scott* em 1857, se tornou, ao final do século XIX, suficientemente

providing “insurance” to prospective electoral losers, judicial review can facilitate transition to democracy. HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. Op. cit., p. 87.

⁴⁵⁴ GILLMAN, H. “How Political Parties can use the Courts to Advance their Agendas: Federal Courts in the United States”, 1875-1891. *The American Political Science Review*, V. 96, nº 3 (Setembro 2002), p. 511-524.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 512. “As I demonstrate, much of the expansion of power resulted from the passage of two key pieces of legislation – the Judiciary and Removal Act of 1875 and the Evarts Act of 1891 – that were part of the Republican Party’s efforts to restructure national institutions better to facilitate national economic development...”

⁴⁵⁶ Ibid., p. 513.

poderoso para exercer influência da dinâmica da separação de poderes.⁴⁵⁷ Afinal, é conhecimento comum que o Judiciário americano em geral, e a Suprema Corte em particular, se expandiram bastante no final do século XIX. A questão é justamente a que Gillman se propõe a enfrentar: por quê?

Antes da Guerra Civil, o Judiciário federal americano era muito pouco relevante. Com exceção da Suprema Corte, que tinha competência para rever decisões das Supremas Cortes estaduais, a Justiça Federal quase não tinha competências, e qualquer movimento de expansão dessa Justiça era resistido como um ataque à autonomia dos Estados em benefício da União. Com o aumento da tensão sobre a escravidão, os estados do Sul não admitiam nenhuma reformulação do judiciário federal que não fosse em seu benefício. Mesmo as regras de competência e de indicação dos *Justices* da Suprema Corte eram moldadas para garantir que eles tivessem profundas conexões com os Estados sobre os quais teriam jurisdição.⁴⁵⁸ O modelo do Judiciário federal anterior à Guerra Civil passava uma mensagem simples: o Judiciário federal permaneceria, assim como o governo federal, limitado. Não havia espaço político para a expansão do Judiciário Federal.⁴⁵⁹

A reconfiguração da Justiça Federal começou no início da Guerra Civil, quando os estados do Sul se afastaram do governo federal e o caminho se abriu para desfazer a dominação sulista desse poder. A lei de 1862 diminuiu para apenas 3 regiões a Justiça Federal do sul,⁴⁶⁰ e, em paralelo, Lincoln nomeou 3 *Justices* que vinham do Norte para a Suprema Corte. Nas palavras de Gillman: “*The new system ensured that the South could not dominate the federal courts...*”⁴⁶¹ Essa reforma, contudo, foi apenas o começo. Até o final da Guerra Civil a Justiça Federal permaneceu dispersa, pouco organizada administrativamente e com poucos recursos.

⁴⁵⁷ GILLMAN, H. “How Political Parties can use the Courts to Advance their Agendas: Federal Courts in the United States”, op. Cit.,, p. 513. “It is generally acknowledged that federal judicial power in the United States, and the power of the Supreme Court in particular, expanded toward the end of the nineteenth century. A system of lower federal courts that at midcentury was understaffed and underpaid, was lacking in courtroom facilities (and thus was often forced to rent space from state governments), attracted men of little prominence, and had only limited jurisdiction had become by century’s end a real third branch of government, with expanded personnel, a new layer of appellate courts, and dramatically broader jurisdiction...”

⁴⁵⁸ Ibid., p. 515. A diminuição do número de Regiões no sul significava que o sul teria menos representantes na Suprema Corte, já que o costume da época era nomear um Justice de cada região da Justiça Federal.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 513. “More specifically, one of the principal ways in which national power was kept in check was by ensuring that the principal agents of national law would be appointed with local or regional considerations in mind and (for good measure) would be overworked, poorly paid, and authorized to enforce only a subset of federal law... all antebellum efforts to expand the general significance and power of federal courts in the political system were ignored or rebuffed.”

⁴⁶⁰ Ibid., pp. 514-515.

⁴⁶¹ Ibid., p. 515.

A virada da expansão do Judiciário federal americano é creditada ao fim da guerra civil e à tentativa de integração dos negros na sociedade, com as emendas 13^a a 15^a à Constituição americana, a lei de 1866 “*Civil Rights Law*” e o “*Federal Enforcement Act*” de 1870. A justiça federal teria se tornado parte do esforço de acabar com, ou pelo menos conter, o racismo e a segregação.⁴⁶²

O realinhamento da justiça federal com os Estados do Norte no início da Guerra Civil e a expansão decorrente do movimento de integração dos negros foram pequenos passos que, sozinhos, não explicam a enorme ampliação de prestígio e de poder que o Judiciário americano passou a ter no último quarto do século dezenove. O verdadeiro motivo para esse empoderamento decorreu do desenvolvimento do capitalismo americano, que passou a ser movido por empresas e negócios que não respeitavam mais as fronteiras estaduais. O nacionalismo econômico passou a ser a força motriz do governo federal, já que ferrovias e o modelo fordista de produção em larga escala começavam a se impor aos negócios artesanais e locais. Para concretizar esse modelo econômico de larga escala, a multiplicidade de estados com suas Constituições, leis e Judiciários próprios era um grande “custo” que precisava ser diminuído, e o partido Republicano tinha interesse em desenvolver esse modelo econômico em que o poder central diminuísse a “burocracia” e as barreiras locais, para simplificar o sistema e otimizar os investimentos. Nas palavras de Gillman:

Ultimately the goal of the Republican Party leaders was the creation of “a political economy in which central state power could sweep aside regional and local barriers to the development of a national capitalist market and directly assist in the construction of the physical and financial infrastructure necessary for that market. (...) the new business practices and social structures generated by postwar economic forces also resulted in new legal issues and disputes, for example, between partners operating across state lines, interstate corporations and local governments, railroads and farmers, and innovators of new corporate and financial structures. (...) it was clear that the only way to ensure that this activity remained within the province of national control and direction would be to rethink long-standing convictions about mission and authority of federal courts in the political system. Federal courts were thus functionally well suited to play an important role in promoting a policy of economic nationalism.⁴⁶³

⁴⁶² GILLMAN, H. “How Political Parties can use the Courts to Advance their Agendas: Federal Courts in the United States”, op. Cit., p. 516. Regras autorizando juízes federais a utilizar as tropas federais para garantir que os negros pudessem votar, bem como o deslocamento de competência para a Justiça Federal quando o réu demonstrasse que o júri local poderia decidir de forma discriminatória, dentre outras medidas, ampliaram ainda mais a Justiça Federal. No entanto, menos de dez anos depois da guerra o movimento de integração dos negros à sociedade começou a perder espaço e rapidamente deixou de ser prioridade para o governo federal.

⁴⁶³ Ibid., p. 516.

Mas nem todos concordavam com essa política dos republicanos. O partido Democrata defendia que a verdadeira democracia era exercida pela população dos Estados, que não poderia ser ignorada em prol de interesses comerciais e econômicos de empresas que se expandiam por todo o território americano.⁴⁶⁴

Tendo perdido o controle da Câmara dos Deputados para os Democratas nas eleições de 1874, e cientes de que estavam prestes a perder poder, os republicanos, de forma consistente com a teoria do seguro, aprovaram o “*Judiciary and Removal Act*” em 1875, criando uma nova hipótese de competência da Justiça Federal: litígios envolvendo interesses comerciais nacionais deveriam ser transferidos da Justiça Estadual para a Federal. Essa lei deu ao Judiciário federal diversos mecanismos de coerção⁴⁶⁵ e autoridade sobre quaisquer questões relacionadas às leis federais, e também às questões que envolvessem cidadãos de estados distintos.⁴⁶⁶

Além das alterações legislativas, os juízes federais apontados pelos presidentes republicanos,⁴⁶⁷ bem como os *Justices* nomeados para compor a Suprema Corte eram todos ideologicamente alinhados com essa missão de desenvolvimento econômico, e tinham um compromisso enraigado na sua formação teórica com o cumprimento de contratos e com a propriedade privada. Os *Justices* indicados para a Suprema Corte demonstram bem o ponto: os quatro nomeados pelo presidente Grant (Bradley, Strong, Hunt e Morrison Waite) eram identificados com interesses das ferroviárias, e três deles eram inclusive advogados bem sucedidos que defendiam os interesses das ferrovias e do capitalismo interestadual.⁴⁶⁸ Gillman define os novos Juízes federais e ministros da

⁴⁶⁴ GILLMAN, H. “How Political Parties can use the Courts to Advance their Agendas: Federal Courts in the United States”, op. Cit., p. 516 ., “public life in the years immediately after the Civil War was dominated by the conflict between the impulse to foster an active state and a broader national citizenship on the one hand, and deeply rooted countervalues of localism, racism, and suspicion of government on the other,” then as a general rule it is fair to say that the former impulse frequently found its center of gravity in the national Republican Party leadership of the period, while the latter impulse often found expression in the resurgent Democratic Party.”

⁴⁶⁵ Ibid., p. 517. Muitos mecanismos foram criados para estimular o cumprimento dessas novas regras pelos agentes dos estados, tais como multas altíssimas e a possibilidade de julgamento a revelia da parte que aceitasse o não cumprimento da lei federal.

⁴⁶⁶ Idem.

⁴⁶⁷ Idem.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 518. “A review of the 15 justices who were appointed between 1870 and 1893 confirms that they “were selected by presidents and confirmed by senators who carefully noted both their devotion to party principles and ‘soundness’ on the major economic questions of the day,” especially their “attitude toward regulation of interstate commerce by the individual states”. President Grant started the trend of focusing on conservative economic nationalists by appointing two railroad attorneys and directors, William Strong and Joseph P. Bradley. Two years later he appointed Ward Hunt, who was also identified with railroad interests. Grant’s replacement for Chief Justice Chase, Morrison I. White, had no prior judicial experience and never held national office, but he had a record as a successful railroad lawyer and director and, also, enjoyed the support of the Vanderbilts.”

Suprema Corte da seguinte forma: *“they were “a remarkably similar, if not insular, social group” that was closely tied to “powerful political and economic actors, ... trained and experienced at the bar, (...) and coming largely from the ranks of the corporate elite...”*⁴⁶⁹

Tendo reformulado a legislação e revigorado os membros do judiciário federal com pessoas mais ideologicamente próximas dos seus interesses, os Republicanos conseguiram empoderar o Judiciário para atuar de forma consistente com os seus objetivos.⁴⁷⁰

O sucesso dessas políticas pode fazer parecer que elas eram um consenso político maior, mas não eram. Como já mencionamos, o partido Democrata se opunha a esse modelo de expansão do capitalismo das grandes corporações, e seus eleitores eram na maioria trabalhadores e autoridades locais que se viam cada vez mais sufocados pela competição das grandes empresas. Os Democratas mantinham a percepção de que o poder local precisava ser mantido e cultivado, o que exigia, naturalmente, um governo federal menor, assim como um Judiciário federal igualmente menor.

Com essa plataforma, os Democratas, que foram brutalmente enfraquecidos durante a Guerra Civil,⁴⁷¹ voltaram a ser fortes no nível federal, e a competição entre os dois partidos se tornou cada vez mais intensa e o resultado das eleições cada vez mais imprevisível.⁴⁷² Nos dezesseis anos analisados por Gillman, os Democratas foram a maioria da Câmara dos Deputados por dez, e em 1885, assumiram a presidência com

⁴⁶⁹ GILLMAN, H. “How Political Parties can use the Courts to Advance their Agendas: Federal Courts in the United States”, op. Cit., p. 519.

⁴⁷⁰ Idem., “the federal judiciary articulated legal principles that were consistent with the promotion of a more unfettered national market. Federal judges presided over corporate reorganization and addressed problems of railroad finance through the practice of equity receiverships, all with an eye toward promoting more nationalist solutions over regional approaches (...) At the top of the hierarchy the Supreme Court increased its supervisory authority over local economic regulation by invoking the commerce clause with unprecedented frequency and interpreting it to require courts to eliminate barriers to the free flow of interstate goods and services (...) In all these cases, doctrines proved extremely beneficial to large-scale enterprise; in fact, by 1890, the Commercial and Financial Chronicle commented that “the findings of our highest court are such as to put to rest” the dangers of “Socialistic legislation” and thus mark “an epoch in the industrial and constitutional history of the country”.

⁴⁷¹ Justamente por essa plataforma de respeito à vontade das populações locais, os Democratas acabaram ficando associados com os escravagistas do Sul, o que, durante a guerra e imediatamente depois, significaram alguns anos de ostracismo na esfera federal.

⁴⁷² Ibid., p. 517. The recapture of the House by a more localist-oriented Democratic Party in 1875 (Keller 1977, 252-53), in combination with growing Midwestern and Western hostility to eastern financial interests and national corporations, led to various proposals to repeal or curtail newly expanded federal judicial power. However, given the partisan makeup of Congress and the presidency during this period of intensified two-party competition, these efforts at roll-back were unsuccessful. For more than 10 years the pattern was for the House Judiciary Committee to report a reform bill favorably and for the Senate Judiciary Committee – now firmly in the hands of the Republican Party – to kill the proposal. (...) More effective resistance took place at the state level, with some legislatures passing incorporation acts that required corporations to maintain offices in the state (thus ensuring that litigation would not be removable into federal courts under their diversity jurisdiction)...

Grover Cleveland. Esse é o cenário consistente com a Teoria do Seguro, em que os Republicanos, percebendo a fragilidade do consenso acerca de suas políticas, transferiram parte do processo decisório para o Judiciário.

Não por coincidência as duas leis que consolidaram a expansão do judiciário federal foram aprovadas por um Congresso controlado por Republicanos já derrotados nas eleições pelos Democratas, que recuperariam na legislatura seguinte o controle da Câmara, contando com 235 democratas e apenas 88 republicanos.⁴⁷³

Os Republicanos foram bem sucedidos em construir um “seguro” para sua visão política por uma série de questões institucionais importantes. Primeiro, o modelo de eleição indireta que impediu dois candidatos democratas de se tornarem presidentes, mesmo tendo obtido mais votos populares do que seus adversários republicanos (Hayes e Harrison, respectivamente em 1876 e 1888); Segundo, e mais importante, os Republicanos mantiveram o controle da presidência e do senado durante a maior parte do tempo, e são justamente esses dois órgãos os responsáveis pela indicação e confirmação dos juízes federais e ministros da Suprema Corte.⁴⁷⁴

Com a progressiva consolidação de um Judiciário conservador, cuja visão sobre a liberdade de contratar e sobre a propriedade privada era extremamente formalista, os Republicanos foram capazes de garantir a realização dessa política de consolidação econômica das empresas no âmbito interestadual mesmo muito tempo depois de terem perdido o controle total sobre as instituições democráticas.⁴⁷⁵ O período conhecido como “Era Lochner” é herdeiro direto desse entrenchamento realizado pelos Republicanos no final do século XIX. Foram necessários muitos mandatos presidenciais e consistentes vitórias na Câmara e no Senado para que os Democratas, com FDR e o “*court-packing plan*” finalmente superassem esse “seguro” dos Republicanos.

A teoria do seguro auxilia a análise da construção do poder judicial na medida em que evidencia o seu caráter eminentemente político. Deixa clara a motivação política por trás desse empoderamento. No entanto, ao contrário do que Hirschl e Ginsburg sugerem, não são apenas por esse motivos que o Judiciário é expandido. Se essa razão costuma estar

⁴⁷³GILLMAN, H. “How Political Parties can use the Courts to Advance their Agendas: Federal Courts in the United States”, op. Cit.p. 521.

⁴⁷⁴Idem.

⁴⁷⁵Ibid., p. 522. The fragile and contested nature of the Republican Party’s agenda for economic nationalism provides a new perspective on the controversies surrounding the federal judiciary’s more active commitment to conservative constitutionalism during the so-called “Lochner era” – a perspective on both why these judges adopted this agenda and why their place in American politics became increasingly controversial as they encountered emergent progressive politics in the twentieth century...

associada ao surgimento do controle em novas democracias, sejam ela os Estados Unidos ou a África do Sul, a verdade é que a sustentação e a ampliação do poder judicial dependem de outros incentivos que não apenas esses, como veremos a seguir.

2.4.3 Teoria da Superação de obstáculos

As duas primeiras razões para o empoderamento do Judiciário que apresentamos têm como base a proteção de políticas das majorias por grupos que anteveem a perda dessa posição, seja genericamente, seja em relação a uma política específica. São razões de expansão do poder judicial que conspiram contra a democracia em seu sentido mais majoritário.

A Teoria da Superação de Obstáculos é exatamente o oposto. A partir de uma percepção mais profunda das instituições democráticas, ela explica o fortalecimento do Judiciário como um órgão que coopera com as majorias políticas para realizar suas políticas. Para compreender isso, ela parte do pressuposto de que o *judicial review* pode ser majoritário. E mais do que majoritário, cooperativo. Nessa perspectiva, mesmo atores políticos que estão no poder e não se imaginam na minoria (pelo menos no curto prazo) podem desejar e encorajar o exercício do *judicial review*. Esse raciocínio não é necessariamente intuitivo. Afinal, desconstrói duas premissas básicas da teoria constitucional contemporânea. A primeira, do controle de constitucionalidade como potencialmente conflitivo com os poderes eleitos, que veem a prática como um problema e apenas toleram esse exercício por se tratar de um compromisso constitucional. Desmistificar essa premissa é parte do propósito desse trabalho. A segunda, que chamaremos de premissa democrática,⁴⁷⁶ supõe que majorias legislativas em conjunto com o presidente são capazes de realizar as mudanças que quiserem. Justamente essa segunda premissa impõe uma pergunta: qual seria o incentivo para uma coalizão majoritária empoderar o Judiciário, já que, por ser majoritária, poderia implementar as suas políticas preferidas?

Essa pergunta, que pode fazer sentido do ponto de vista puramente democrático, precisa ser compreendida a partir de uma outra luz, da teoria dos atores com poder de

⁴⁷⁶ Apesar de igualmente complexa e provida de nuances, não poderá ser aprofundada e explicada neste trabalho, por ser um desvio grande demais.

veto.⁴⁷⁷ Apenas dessa perspectiva mais detalhada do funcionamento das instituições democráticas podemos compreender a razão pela qual mesmo controlando as “*law-making majorities*”,⁴⁷⁸ a coalizão majoritária do legislativo e do executivo podem ter incentivos para delegar funções ao judiciário.

George Tsebelis elaborou essa teoria afirmando que para mudar o *status quo* legislativo há certo número de agentes individuais ou coletivos que precisam anuir com a mudança, chamados de *veto players*.⁴⁷⁹ Atores com poder de veto seriam aqueles cuja Constituição (institucionais) ou as relações partidárias (partidos ou grupos sóciopolíticos) estabelecem e que são capazes de impedir ou adiar de forma substancial a implementação de uma política pública. Quando anui ou concorda com uma determinada mudança, esse ator se torna parte da coalizão vencedora, ao passo que quando veta, permanece na posição de *veto player*. Eles se diferenciam entre si pela posição que ocupam nas sequências pré-determinadas para a tomada de decisões e pela capacidade de estabelecer a agenda de mudanças. Nesse último caso, Tsebelis os chama de atores estabelecedores ou definidores de agenda.⁴⁸⁰

Há situações em que o grupo vencedor é pequeno, ou a distância ideológica entre os atores com poder de veto é muito grande, impedindo mudanças legislativas significativas, o que Tsebelis chama de momento de estabilidade decisória. Segundo ele, conhecendo todas essas características, é possível prever bem o resultado do processo decisório.

Se conhecermos as preferências dos atores com poder de veto, a posição do status quo e a identidade de quem estabelece a agenda (a sequência de movimentos dos diferentes atores), poderemos prever bastante bem o resultado do processo decisório.⁴⁸¹

Partindo da perspectiva dos atores com poder de veto e suas características, percebe-se que esses pontos de veto podem inviabilizar a vontade majoritária, bastando para tanto que a minoria esteja em posições de veto insuperáveis. Como vimos no item anterior, no final do século XIX, muitas vezes os Republicanos se colocaram em posições de veto específicas (Presidência e maioria do Senado) e, mesmo sendo a minoria, impediram a mudança do *status quo* desejada pelos Democratas.

⁴⁷⁷ TSEBELIS, George. Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas. Tradução Micheline Christophe. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

⁴⁷⁸ DAHL, Robert. A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. 6 *Journal of Public Law*. 1957 p. 284.

⁴⁷⁹ TSEBELIS, G. Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas. Op. cit., p. 16.

⁴⁸⁰ Ibid., p. 17.

⁴⁸¹ Ibid., p. 18.

Nesse sentido, cada repartição/fragmentação de poder significa a criação de mais atores com poder de veto, que se transformam, portanto, em mais um ponto de resistência a ser superado. No caso brasileiro, o poder é fragmentado horizontalmente – entre os três poderes – e verticalmente – União, Estados e municípios. Essa repartição por si só já impõe inúmeros pontos de veto à mudança de rumos políticos. Mas a fragmentação não para por aí, e ela é sensivelmente mais aguda no legislativo federal, cujo poder é novamente dividido em três: há competências da Câmara, do Senado e outras do Congresso Nacional. Em cada uma dessas casas legislativas, os pontos de veto são novamente multiplicados em Comitês e em práticas constitucionais que empoderam desproporcionalmente as lideranças partidárias.⁴⁸² Essa fragmentação - e seu impacto nas possibilidades de alteração - é igualmente percebida na estrutura constitucional Americana, como observa Klarman:

The American political system is fragmented horizontally within governments as well as vertically between layers of government. This fragmentation—across branches, across legislative chambers, and within legislative chambers—frequently obstructs those seeking to alter the status quo.⁴⁸³

Imagine-se então a posição de um deputado federal que deseja implementar uma determinada política pública distinta do *status quo*. Para transformar sua proposta em lei, ele terá que ultrapassar os seguintes atores com poder de veto: a liderança do seu partido na Câmara, as Comissões Temáticas pertinentes, a maioria da Câmara, esses mesmos atores no Senado, além do Presidente da República (que pode vetar a proposta).

Se esse mesmo deputado antecipar uma atuação do STF simpática a sua causa, ele terá um óbvio incentivo para promover o poder da Corte como o *locus* próprio para a decisão daquela política pública. Os múltiplos atores com poder de veto reduzem-se a um. (Pelo menos na perspectiva de uma primeira rodada decisória).

Essa dificuldade pode existir mesmo que o deputado federal seja parte da coalizão governista. Na verdade, ela só existe nessa hipótese. No cenário fragmentário que descrevemos, a chance de um deputado da oposição conseguir vencer todos esses pontos de veto é praticamente inexistente.⁴⁸⁴

⁴⁸² Ver. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Op. cit. p. 205.

⁴⁸³ KLARMAN, Michael. “Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem”. 85 *Georgetown Law Journal*. 490. 1996-1997, p. 493.

⁴⁸⁴ Não podemos subestimar a capacidade da política brasileira de contornar até mesmo afirmações como essa que fizemos. Mas podemos assumir com algum grau de certeza que um deputado que - embora

Como ensina Lovell, o empoderamento decorrente da separação de obstáculos não ocorre apenas quando o parlamentar tenta promover a competência judicial em função de sua incapacidade de aprovar a sua proposta legislativa. Muitas vezes, esse empoderamento ocorre mesmo que a lei seja aprovada, quando o legislador percebe que o produto final será ruim ou ficará aquém das suas expectativas. Nesse sentido, ela em geral será escrita de forma deliberadamente ambígua, criando amplo espaço para a intervenção judicial, e conseqüentemente, empoderando as Cortes.⁴⁸⁵

Em seu artigo *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*,⁴⁸⁶ Michael Klarman aprofunda justamente essa razão para delegação de poder ao Judiciário. Como menciona Keith Whittington, sua proposta é de que o Judiciário pode exercer o controle de constitucionalidade de forma majoritária para “assist members of the political majority in dislodging entrenched political actors and interests.”⁴⁸⁷ De certa forma, a teoria da superação de obstáculos é a antítese das teoria da preservação hegemônica e do seguro: lá o Judiciário é utilizado para conter a mudança, aqui ele é utilizado como um atalho para viabilizá-la.

Há um tema que simboliza como nenhum outro a dificuldade de superação de obstáculos: a reforma política. Dificilmente os beneficiários de um modelo vão ter incentivos para modificá-lo. Modificações relevantes na forma de empoderamento de um departamento como o legislativo dificilmente ocorrem de dentro pra fora. Os obstáculos para reforma serão, em regra, intransponíveis. Surge então o incentivo para transferir ao Judiciário o poder para fazê-lo, como no clássico exemplo americano de redefinição dos distritos eleitorais feita pela Suprema Corte em *Baker v. Carr*, em 1962. Em síntese, o Partido Democrata, do então presidente John F. Kennedy, obtinha a maior parte dos seus votos de distritos urbanos, enquanto os Republicanos tinham seus fiéis eleitores em distritos rurais. A forma como os distritos eram desenhados prejudicava os Democratas, que viam mais eleitores se traduzirem em menos assentos (proporcionalmente) no

enquadrado formalmente como da oposição - consiga ultrapassar esses múltiplos pontos de veto estará materialmente comendo o bloco governista, ainda que apenas para aquela proposta.

⁴⁸⁵ LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003. pos. 268 (Versão Kindle) For example, deliberate ambiguity might help to break a stalemate in Congress if legislators on both sides of an issue estimate that their best chance for achieving their policy goals is to support an ambiguous law and hope that their side wins in the courts.

⁴⁸⁶ KLARMAN, Michael. “Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem”. Op. cit., pp. 491-555.

⁴⁸⁷ WHITTINGTON, K. “Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court”. *American Political Science Review*. V. 99. No. 4. Novembro 2005. p. 588.

Congresso.⁴⁸⁸ Os republicanos estavam protegidos em suas trincheiras e não tinham nenhum incentivo em participar de uma reforma cujo resultado seria a diminuição da sua influência. Conscientes da inviabilidade da reforma pelo legislativo, os democratas – e a mídia liberal⁴⁸⁹ – passaram a defender a estratégia judicial como o caminho para alcançar essa reforma. O empoderamento do Judiciário era uma mudança substancial de perspectiva sobre o assunto, como demonstra Whittington:

The Court’s willingness to intervene in the field was an abrupt departure from the traditional understanding of apportionment being a legislative and deeply political prerogative, but it was a departure that was being urged on the Court by programmatic liberals in and around the White House.⁴⁹⁰

Apesar de essa mudança abrupta significar um custo institucional na visão de alguns *Justices*, que comprometia a posição de neutralidade da Suprema Corte,⁴⁹¹ outros, como o *Justice* Tom Clark, foram capazes de mudar de perspectiva e votaram pela intervenção do Judiciário com fundamento justamente na teoria da superação de obstáculos, ou seja, na percepção de que se tratava de uma situação peculiar na qual o legislativo – *locus* próprio para realizar essa reforma – seria incapaz de fazê-lo.⁴⁹²

A administração Kennedy, atuando como *amicus curiae*, enfatizou exatamente esse ponto: “*Either there is a remedy in the Federal court or there is no remedy at all*”.⁴⁹³ O

⁴⁸⁸ WHITTINGTON, K. “Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court”, op. Cit., p. 588 “The New Deal had pulled urban voters firmly into the Democratic coalition, and the malapportionment of the era overwhelmingly favored more conservative rural voters over more liberal urban voters. After Roosevelt’s initial landslide victory, the Nation crowed, “For seventy-five years the Republicans have dominated the Northern and Eastern States through rottenborough provisions in the State constitutions... [but now] the day of retribution has come”(Welsh 1932, 523). But the day had not yet come, and a decade later it could only complain, “[T]he present gerrymandering of state districts amounts to supporters of the New Deal being denied equal voice with its opponents”.

⁴⁸⁹ Idem., “In the last years of the Eisenhower administration, Anthony Lewis (1958, 1059) of The New York Times had prominently pointed to the federal courts as the only institution politically capable of correcting “this gorwing evil of inequitably apportioned legislative districts,” given the “virtually insurmountable, built-in obstacles to legislative action,” and he exhorted the judges to take the lead. “A vacuum exist in our political system; the federal courts have the power and the duty to fill this vacuum.””

⁴⁹⁰ Idem.,.

⁴⁹¹ Idem.,.

⁴⁹² Idem.,. “Justice Tom Clark had initially planned to write dissent in the case, emphasizing that nonjudicial remedies were available to address the malapportioned districts in Tennessee that were immediately at issue. After conducting the research for his opinion, however, Clark had to report to Frankfurter that he had changed his mind and would be joining the majority, “I am sorry to say that I cannot find any practical course that the people could take in bringing this about except through the Federal courts”.

⁴⁹³ Idem., A frase é de Archibald Cox, então Solicitor General (uma espécie de Advogado Geral da União) da Administração Kennedy.

mesmo raciocínio constou formalmente nos votos dos demais *Justices* que acompanharam a maioria.⁴⁹⁴

Mas a lógica da fragmentação do poder não se reduz a questões de reforma política. Embora em princípio as agremiações partidárias tendam a alinhar ideologicamente seus integrantes, esse alinhamento varia em profundidade e em extensão. Na experiência americana, por exemplo, não se pode assumir que todo e qualquer democrata será simpático ao direito ao aborto, da mesma forma que há republicanos que certamente são simpáticos à causa feminista. No caso brasileiro, essa associação é ainda mais problemática, com os partidos sofrendo de uma clara anemia ideológica.⁴⁹⁵ O fundamental é perceber que as coalizões majoritárias não são um uníssono alinhado em todo e qualquer assunto, como um cardume de peixes seguindo a corrente.

Essa dificuldade de formação de coalizões para mudanças legislativas, combinada com a natureza da atividade política – necessariamente inclinada aos compromissos – pode resultar em verdadeiras “colchas de retalho legislativas”. Nesses casos, a maioria pode empoderar o Judiciário para exercer uma verdadeira função corretiva do processo legislativo.

O processo de reforma tributária que culminou na invalidação pela Suprema Corte dos EUA da “*federal income tax*” em 1892 é um excelente exemplo de como atores políticos podem se beneficiar de um exercício corretivo do processo legislativo por parte do Judiciário. Para contextualizar, uma breve incursão nos fatos.

O Partido Republicano – que controlou o governo federal por todo o período da Guerra Civil – tinha como uma de suas bandeiras mais caras a Proteção Tarifária contra produtos importados. Já os Democratas defendiam o livre mercado desde a presidência de Jackson. Para o início do 53º Congresso Americano, em 1892, os Democratas dominavam o Congresso Nacional e a presidência, com Grover Cleveland indo para o seu 2º mandato. O presidente denunciava a tarifa protecionista como injuriosa aos consumidores e um exemplo da corrupção governamental,⁴⁹⁶ e fez da reforma tributária o tema central do início do seu segundo termo como Presidente, atuando pessoalmente no processo de

⁴⁹⁴ WHITTINGTON, K. “Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court”, op. Cit., p. 588.

⁴⁹⁵ O exemplo recente que melhor ilustra essa afirmação nos foi dado pelo ex-prefeito de São Paulo, Kassab, que por ocasião da fundação do seu novo partido – PSD –, afirmou que seu partido não era “nem de direita, nem de esquerda, nem de centro”.

⁴⁹⁶ WHITTINGTON, K. “Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court”, op. Cit., p. 588.

elaboração e na negociação política. O Presidente acreditava que o futuro do partido Democrata dependia dessa reforma.⁴⁹⁷

Ou seja, um presidente recém-eleito para um segundo mandato, com o seu partido dominando o Congresso Nacional, tentando alterar o *status quo* legislativo para alinhá-lo a uma bandeira de interesse do próprio Partido. Como, nesses termos, uma maioria consistente no executivo e no legislativo pode precisar empoderar o Judiciário para alcançar os seus objetivos?

Primeiro, o cenário era de depressão econômica e de déficits orçamentários crescentes. Segundo, apesar do apoio do presidente e da ideologia do partido, muitos recém-empossados congressistas democratas vinham de distritos manufatureiros e industriais, o que lhes tornavam ideologicamente contrários à redução de tarifas de importação, enquanto outros eram contra a proposta pela preocupação com o equilíbrio orçamentário.⁴⁹⁸

Fica evidente, neste exemplo, como os múltiplos atores com poder de veto podem dificultar a agenda até de uma maioria substancial. Aliás, sob a rubrica dessa maioria havia múltiplos vetores de interesses distintos que precisavam ser acomodados. E nesse processo de acomodação e concessão recíproca, o presidente Cleveland admitiu a inclusão de um aumento temporário no “imposto de renda auferida em investimentos corporativos”, como concessão aos Populistas. Com isso, a proposta acalmava os democratas preocupados com o equilíbrio orçamentário, e ganhava os populistas – fundamentais para qualquer aprovação democrata - que queriam ver grandes rendas tributadas. Os Democratas de áreas com indústrias incipientes e em especial os Democratas de Nova Iorque permaneceriam insatisfeitos. Tudo isso apenas na *House of Representatives*. No Senado a situação foi mais difícil e outros compromissos foram necessários para obter a maioria necessária para a aprovação.⁴⁹⁹

O resultado de múltiplas acomodações e concessões é uma “colcha de retalhos” que agrada muito pouco. No caso em tela, o presidente Cleveland certamente não ficou satisfeito com o resultado, tanto que o projeto se tornou lei sem a assinatura do presidente.⁵⁰⁰ Seu descontentamento era mais profundo do que isso. O aumento de 2% na tributação de grandes rendas (acima de US\$ 4.000) era uma proposta que iria atingir

⁴⁹⁷ WHITTINGTON, K. “Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court”, op. Cit., p. 588

⁴⁹⁸ Ibid., p. 589.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 590.

⁵⁰⁰ Idem..

primordialmente cidadãos de apenas quatro estados: New York, New Jersey, Pennsylvania e Massachusetts. E o presidente não apenas tinha feito sua carreira política em New York (fora governador daquele Estado), como esses Estados eram cruciais nas coalizões que levavam os Democratas à Casa Branca.⁵⁰¹

Assim, a coalizão majoritária havia, por meio de negociação e compromissos, aprovado uma lei que desagradava o seu maior patrocinador: o Presidente da República. Muito rapidamente a nova lei foi submetida ao Judiciário Federal, e, na Suprema Corte, o *Chief Justice* Melville Fuller derrubou apenas a parte da lei que criava o aumento do imposto de renda, alegando que tal aumento violava a Constituição. Um dos votos contrários à derrubada do aumento – de John Marshall Harlan – fundamentou-se justamente no fato de que esse era o compromisso que havia sido alcançado pelo legislativo, e não faria sentido derrubar o aumento do imposto de renda mantendo a redução das tarifas de importação, segundo Harlan: “*every one knows, the act never would have passed*” *without the income tax provisions (...)*”.⁵⁰² Talvez seja importante uma última contextualização. O *Chief Justice* Melville Fuller, que deixou a lei mais próxima do que queria o Presidente, havia sido indicado pelo próprio.

O que podemos extrair desse exemplo? O *Chief Justice* – nomeado pelo Presidente – lidera uma maioria na mais alta Corte do país para retirar da lei os dispositivos que o Presidente foi obrigado a aceitar na negociação política. Essa atuação foi cooperativa com os principais agentes políticos - o Executivo e a grande maioria do bloco governista. Pode-se dizer majoritária também. Poucos meses depois dessa decisão, um dos *Justices* que havia discordado da decisão faleceu, e Cleveland o substituiu por um advogado corporativo de Nova York, Rufus Peckham – cujo background demonstrava claramente sua falta de apreço por esse tipo de acréscimo tributário.

A decisão não apenas agradou o executivo e grande parte do bloco governista. Basta lembrarmos que os Republicanos eram também contrários a esse aumento tarifário. Por essa razão, ambos os partidos estimulavam a intervenção do Judiciário nessa seara, e o poder judiciário foi claramente fortalecido por essa prática. Whittington captou bem o sentimento dessas elites políticas favoráveis à atuação da Corte:

Democrats and the Republicans welcomed the Court’s intervention and supported its increasing willingness to exercise the power of judicial review. As

⁵⁰¹ WHITTINGTON, K. “Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court”, op. Cit.,p. 590

⁵⁰² Idem.

the Court prepared for reargument on the income tax, the Cleveland-allied New York Times (1895a, 4) expressed the sentiment of the ultimate victors when it editorialized that striking down the tax should be understood less as “magnifying the function of the Supreme Court” than as “resuming a function that had been to some extent abandoned, and with unfortunate, with really deplorable, results.”⁵⁰³

Os exemplos do exercício do controle de constitucionalidade que beneficiam administração em exercício são muitos. Outro caso interessante mencionado por Whittington diz respeito ao processo legislativo do “*Telecommunications Act*”, uma lei assinada pelo Presidente Bill Clinton em 1996, considerada a maior reforma das telecomunicações desde o *New Deal*, cuja aprovação era uma prioridade do governo.⁵⁰⁴ Assim como Cleveland, Clinton também tinha a maioria no Congresso. Mas, nas deliberações no Senado, o Senador democrata James Exon introduziu no projeto o “*Communications Decency Act*” (CDA), cujo objetivo era tornar os meios de comunicação decentes e não pornográficos. Clinton e o Departamento de Justiça se opunham ao CDA, alegando que se tratava de uma medida impraticável e inconstitucional.⁵⁰⁵ Mas, depois que a mudança foi aprovada pelo Senado, o Presidente deixou de se opor à proposta, antecipando que a oposição do seu governo à restrição de conteúdos como “pornografia infantil” poderiam desgastar enormemente o governo em um ano eleitoral. A saída para o Executivo federal seria confiar que o Judiciário federal corrigiria esse “problema”. A Suprema Corte derrubou essa parte da lei em *Reno v. American Civil Liberties Union*.⁵⁰⁶ E, na sequência, em uma evidente jogada política, a Casa Branca emitiu um comunicado enfatizando o seu “compromisso na proteção de crianças contra materiais inapropriados”.⁵⁰⁷

Esse terceiro exemplo ilustrativo da teoria da superação de obstáculos, embora muito similar ao anterior do ponto de vista da correção do processo legislativo, serve também como ponte para introduzir o próximo ângulo que explica porque os atores políticos empoderam o Judiciário. Bill Clinton é considerado, por muitos, um dos mais inteligentes e sagazes políticos americanos. Certamente esse instinto político antecipou que uma oposição a qualquer medida relacionada à pornografia e a indecência – por mais irracional e inefetiva que tal medida pudesse ser – seria altamente custosa politicamente.

⁵⁰³ WHITTINGTON, K. “Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court”, op. Cit.,p.. 591.

⁵⁰⁴ Idem.

⁵⁰⁵ Idem.

⁵⁰⁶ 521. U.S. 844 (1997).

⁵⁰⁷ WHITTINGTON, K. “Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court”, op. Cit.,p.591

Não é apenas o Judiciário que acumula ou gasta capital político. Todas as instituições políticas o fazem, inclusive o executivo e o legislativo. Por isso, Whittington propõe que: *“There are some issues that politicians cannot easily handle.”*⁵⁰⁸ Elas diferem substancialmente das teorias da superação de obstáculos porque dizem respeito menos ao processo político interno dos agentes políticos, e mais à leitura que esses agentes fazem de outros atores constitucionais, sobretudo da opinião pública e de grupos de interesse.

A teoria da superação de obstáculos pressupõe a faceta majoritária da jurisdição constitucional, que fica esquecida ou pelo menos subteorizada na perspectiva tradicional do Judiciário como guardião da Constituição e da separação de poderes – que enxerga o Judiciário como um ponto de resistência/veto à vontade das maiorias. Aqui é exatamente o oposto. Numa aparente subversão, o Judiciário não veta a vontade da maioria, ao contrário, viabiliza a vontade da maioria que – por múltiplos motivos – pode estar sofrendo resistência de outros atores, que estarão, nesse cenário, sendo a resistência contramajoritária.

Essa inversão de papéis, já reconhecida pela doutrina, permite ao Judiciário exercer um papel “representativo”, definido pelo Professor Luís Roberto Barroso como “*o atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional*”.⁵⁰⁹ A percepção de que o legislativo muitas vezes deixa de “satisfazer” certas demandas sociais e anseios políticos é acurada. Mas a perspectiva da superação de obstáculos busca desconstruir a percepção do legislativo como uma força única – e percebê-lo como um centro de múltiplos atores, ampliando o espectro de observação.

Reflexo dessa nova percepção é o crescente número de doutrinadores americanos e brasileiros que tem constatado que o Senado Federal talvez seja uma instituição com atuações mais contramajoritárias do que o Judiciário.⁵¹⁰ Pelo arranjo constitucional, o Senado Federal tem sido em geral uma força conservadora e menos alinhada com a vontade da maioria da população de ambos os países. Com tal cenário, uma coalizão majoritária formada pelo presidente, pela maioria dos deputados federais e até por alguns

⁵⁰⁸WHITTINGTON, K. “Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court”, op. Cit.,p.591.

⁵⁰⁹BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. Texto preparado como apontamentos para uma apresentação oral seguida de debate com o Professor Alexy. 2014. p. 15.

⁵¹⁰GRABER, Mark. *The Countermajoritarian Difficulty: From Courts to Congress to Constitutional Order*. University of Maryland School of Law, Op. Cit. p. 33-36.

senadores (que não sejam suficientes para compor a maioria do Senado) pode enxergar no Judiciário o caminho para uma política majoritária que está sendo vetada pelo Senado.

Há uma aparente contradição aqui, que retomaremos no item referente ao Judiciário como um ponto de veto à vontade da maioria. O mesmo Judiciário que abre uma rota alternativa para a superação de múltiplos atores com poder de veto é o Judiciário que em uma outra circunstância pode ser o ator a vetar. Essas perspectivas antagônicas nunca coexistirão no mesmo momento histórico, pelo menos não no que concerne a um mesmo tema. Ou o Judiciário veta/resiste à vontade da maioria, ou coopera com/auxilia a maioria. Mas uma mesma Suprema Corte pode, em momentos históricos distintos, vetar a abolição da escravidão, mesmo majoritariamente apoiada,⁵¹¹ e depois cooperar com o executivo no fim da segregação racial.⁵¹²

Por outro lado, consideradas os diversos temas colocados perante uma Suprema Corte, essas duas perspectivas antagônicas estarão sempre presentes. A mesma Suprema Corte que veta a limitação de recursos no financiamento de campanhas rejeita leis que criminalizam relações homossexuais. Na perspectiva de um político conservador americano, ela cooperou na primeira hipótese, mas atuou como um ponto de veto na segunda. Essa capacidade de exercer as duas funções ao mesmo tempo permite que ambas as razões coexistam para empoderar o Judiciário, e explica porque, mesmo diante de decisões desfavoráveis para esse ou aquele grupo, o Judiciário pode adquirir apoiadores em todo o espectro político. Conviver com essa realidade complexifica o debate e os arranjos institucionais, exigindo mudanças nas expectativas que a teoria constitucional tem de cada um dos poderes.

Por fim, também associadas com a teoria da superação de obstáculos estão as explicações “funcionalistas”, que sugerem que, em sistemas políticos com múltiplos pontos de veto, paralisias decisórias crônicas podem se tornar frequentes, ocasionando, na sua versão mais aguda, crises sistêmicas de governabilidade. Nesse contexto, o Judiciário

⁵¹¹ *Dred Scott v. Sanford*, e muitas outras decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Judiciário americano consolidando o direito de propriedade de escravocratas sobre seus escravos durante a primeira metade do século XIX até a Guerra Civil americana. Nesse período, o executivo federal (Abraham Lincoln) e a maioria do legislativo federal já eram abolicionistas. Por força de um arranjo institucional costurado politicamente, o sul – minoritário – era desproporcionalmente representado na Suprema Corte.

⁵¹² *Brown v. Board of Education*, e muitas outras decisões da Suprema Corte americana proferidas durante a chamada “Corte de Warren”, que cooperaram com o Governo Federal no fim da segregação racial nas décadas de 1950/60 nos EUA.

pode ser empoderado para superar e solucionar essas paralisias institucionais e corrigir a estrutura do sistema.⁵¹³

Essa explicação para a expansão do Judiciário ajuda a desfazer um aparente paradoxo na relação entre democracia e judicialização. Tornou-se corrente a percepção de que o avanço da democracia é um pressuposto à judicialização.⁵¹⁴ Como poderia a judicialização ser considerada “inimiga” da democracia? Ou, nas palavras de Koerner e al., será que “*dadas as condições de uma democracia estável, o modelo judicial se desenvolve quase como um parasita do modelo majoritário para, no fim, usurpar a sua posição, e substituí-lo em prol de seus princípios, métodos e centros de decisão*”.⁵¹⁵

Essa percepção do modelo judicial “parasitário” ao modelo majoritário intui a utilização daquele por este, demonstrando, na verdade, que a vontade da maioria pode ser realizada por meio do Judiciário, e, nesse sentido, a judicialização estará concretizando a democracia. Não há um critério *ex ante* de definição da instituição mais democrática.⁵¹⁶

Ressalte-se que esse era o argumento dos defensores do *Judicial Review* nos primeiros anos da fundação dos Estados Unidos (em geral os Federalistas). Para eles, o controle de constitucionalidade derivava da vontade do povo expressa na Constituição, cuja função maior era corrigir os excessos dos representantes. Ou seja, o controle de constitucionalidade era justificado em termos majoritários.⁵¹⁷

Tal perspectiva, que concebe a vontade da maioria como possivelmente distinta da vontade dos seus representantes, permite a distinção entre atuações contramajoritárias e contrarrepresentativas, que será aprofundada no próximo capítulo.

⁵¹³ Um caso atual é o americano, em que a polarização crescente entre Republicanos e Democratas é uma das razões que explica o crescente empoderamento do Judiciário federal, e da Suprema Corte. HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. Op. cit., pp. 77-78. “functionalist (or systemic needs-based) explanations cast constitutional transformation as an organic response to pressures within the political system itself. (...) In its most common version, the functionalist approach suggests that expansion of judicial power derives from a structural, organic political problem such as a weak, decentralized, or chronically deadlocked political system. The less functional the political system is in a given democracy, the greater the likelihood of expansive judicial power in that polity. Constitutionalization is seen as the best possible way of overcoming political “ungovernability,” and ensuring the unity and “normal” functioning of such polities.”

⁵¹⁴ TATE, C.N. “Why the expansion of judicial power?” em C. N., TATE e T. VALLINDER. *The Global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

⁵¹⁵ KOERNER, Andrei. INATOMI, Celly. BARATTO, Marcia. Sobre o Judiciário e a Judicialização. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, V. II, nº4, Julho-Dezembro 2011, p. 30.

⁵¹⁶ Ver. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Op. cit. p. 281.

⁵¹⁷ FRIEDMAN, Barry. *The History of the Countermajoritarian Difficulty*. Part One: The Road to Judicial Supremacy. p. 87. No rodapé 153, Friedman explica que “according to this argument, the Constitution represented the will of the people, and Federalist judges exercising judicial review only were enforcing that will against wayward political branches. (...) This argument bears close resemblance to Bruce Ackerman’s “two track” theory of lawmaking in which judges preserve the people’s will against faithless legislators during times of “normal lawmaking.”

Em suma, o Judiciário muitas vezes atua concretizando a vontade da maioria, que, por uma série de razões institucionais e políticas, não consegue se manifestar a partir dos canais naturalmente majoritários. Há outra razão de empoderamento do Judiciário que também pode ser majoritária. Nas situações em que uma maioria prefere uma política que é fortemente resistida por um grupo grande ou influente suficiente a ponto de tornar os políticos avessos a tomarem uma decisão política e preferirem delegá-la ao judiciário: a transferência de questões políticas divisivas.

2.4.4 A transferência de questões políticas divisivas

Há uma quarta perspectiva que explica a transferência de poder para as Cortes, relacionada a questões políticas divisivas, ou seja, aquelas que os atores políticos teriam condições institucionais para realizar, mas a percepção de um alto custo político lhes retira essa vontade ou incentivo. Diferem portanto das situações abrangidas na teoria anterior, para as quais *“the Court is able to do what national political leaders are (...) constitutionally incapable of doing”*.⁵¹⁸

Aqui, os atores políticos são plenamente capazes de avançarem sua agenda, mas não o fazem porque seus eleitores *“may be sharply divided on a given issue or overwhelmingly hostile to a policy that the legislator would nonetheless like to see adopted.”*⁵¹⁹

Nessas situações, os atores políticos deliberadamente delegam questões políticas controversas para as cortes, como forma de contornar os danos à popularidade que decorreriam da adoção direta da mesma política.⁵²⁰ Mark Graber analisa a transferência de questões divisivas a partir do potencial divisivo de uma questão dentro da coalizão do governo, ou seja, entre grupos de interesse que compõe essa coalizão, enquanto Whittington o faz a partir da opinião pública. Apesar dessa diferença, ambos chegam à conclusão de que é extremamente comum o empoderamento do Judiciário com o propósito de transferir responsabilidades. Como expõe Graber:

theoretical and descriptive studies of the Supreme Court should pay closer attention to the constitutional dialogues that take place between American governing institutions on crosscutting issues that internally divide the existing

⁵¹⁸ WHITTINGTON, K. Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. Op. cit., p. 589.

⁵¹⁹ Ibid., p. 592.

⁵²⁰ Idem.

lawmaking majority. Historically, the justices have most often exercised their power to declare state and federal practices unconstitutional only when the dominant national coalition is unable or unwilling to settle some public dispute. The justices in these circumstances do not merely fill a void created by the legislative failure to choose between competing political proposals. On the contrary, prominent elected officials consciously invite the judiciary to resolve those political controversies that they cannot or would rather not address.⁵²¹

Não é só para o Judiciário que questões divisivas são transferidas. Agências independentes também costumam ser empoderadas para tomar decisões “técnicas”, quando o que se deseja, mais do que a decisão técnica, é transferir a responsabilidade. Em federações, essa transferência também é feita para estados. Sob o manto da “soberania popular”, muitas vezes os políticos que atuam na esfera federal transferem para os estados essas questões, evitando decisões definitivas comprometedoras de sua coalizão.

O exemplo dado por Graber é o conhecido “Compromisso do Missouri”, que “resolvia” a questão da escravidão, para o governo federal, transferindo a decisão para os estados. Nos territórios ao norte do paralelo 36°30’ a escravidão estava proibida (regiões em que já havia uma maioria e um consenso sobre o fim da escravidão). Por outro lado, ao sul desse paralelo a questão deveria ser resolvida pelos estados, já que o compromisso impedia que o Congresso Nacional debatesse a abolição da escravidão. Essa proposta permitiu uma solução de compromisso àqueles que buscavam a acomodação, permitindo a cada território determinar o *status* da escravidão sem a interferência do governo federal, permitindo que políticos moderados no âmbito federal evitassem ter que se posicionar sobre a questão da escravidão.⁵²²

Ainda que existam essas outras possibilidades de transferência de questões divisivas, o Judiciário continua sendo um protagonista desse processo. Segundo Graber, a transferência de poder para o Judiciário relacionada a questões divisivas faz parte da estrutura da democracia americana, e acontece de forma rotineira naquele país.⁵²³ Nessa linha, os políticos moderados, que costumam ocupar as posições de proeminência no governo federal, irão atuar sempre de forma estratégica, mantendo para si a decisão de questões que unem e ampliam o seu capital institucional e delegando as decisões

⁵²¹ GRABER, Mark. A. “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary.” *Studies in American Political Development* 7. p. 36.

⁵²² *Ibid.*, p. 37.

⁵²³ *Idem.*, Legislative deference to the judiciary is, thus, not an isolated occurrence, but one way that established politicians have fought the “conflict between conflicts” that Schattschneider and others recognize as endemic to American politics, if not to any political regime.

divisivas⁵²⁴ para um órgão preexistente, com reputação de imparcial e técnico, constitucionalmente imbuído de decidir litígios jurídicos e – no caso americano – com suficiente força institucional para se manter independente mesmo contrariando a opinião pública: o Judiciário.⁵²⁵

Não por outra razão, embora a estratégia inicial de muitos políticos tenha sido evitar a decisão sobre a escravidão alegando que se tratava de uma questão de competência dos estados, assim que se tornou evidente que o tema precisaria de uma decisão “federal”, muitos políticos começaram a defender que não se tratava de uma questão que concernia ao Congresso, mas sim, “*that could be resolved only by the Supreme Court of the United States.*”⁵²⁶

As mais relevantes propostas legislativas para resolver a questão da escravidão, pelo menos nos territórios, eram substituídas por propostas de leis que tornassem mais fácil o controle de constitucionalidade de qualquer litígio relacionado ao tema.⁵²⁷ Em um discurso tipicamente político, o Senador Clayton defendeu que cabia ao Judiciário decidir a questão da escravidão e que aos políticos e demais não cabia outra coisa senão cumprir fielmente a Constituição. Os contrariados, segundo o Senador, só teriam um grupo de pessoas a culpar: os redatores da Constituição.⁵²⁸ A tentativa de transferir a questão para o judiciário era tão explícita que os principais políticos de ambos os lados, mesmo Abraham Lincoln,⁵²⁹ afirmavam que a competência para resolução da questão era da Suprema Corte.

O Presidente à época, James Buchanan, estava ansioso por uma resolução, confiando que o *status* da Suprema Corte perante a opinião pública, como uma instituição imparcial e respeitada, seria suficiente para, qualquer que fosse a decisão, colocar a questão da escravidão fora do debate político.

⁵²⁴ GRABER, Mark. A. “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary.”, op. Cit., p. 38. Social scientists and academic lawyers will improve their understanding of much independent judicial policymaking if they examine the strategies adopted by the leaders of dominant political coalitions when confronted with crosscutting issues that threaten to disrupt the existing bases of partisan cleavage. Such politicians, whom I shall call “party moderates,” rise to power by articulating or advancing those positions that unite their followers. (...) Previous scholarship correctly recognizes that party moderates attempt to forestall any judicial effort that interferes with the achievement of policy objectives that unite their coalition.

⁵²⁵ Ibid., p. 41.

⁵²⁶ Ibid., p. 47.

⁵²⁷ Idem.

⁵²⁸ Ibid. p. 48. As palavras do Senador Clayton, citadas por Graber, foram: “this bill resolves the whole question between the North and the South into a constitutional and a judicial question. It only asks of men of all sections to stand by the Constitution, and suffer to settle the difference by its own tranquil operation. If the Constitution settles the question either way, let those who rail at the decision vent their indignation against their ancestors who adopted it” (Grifo nosso).

⁵²⁹ Importante contextualizar a posição de Lincoln aqui: ele ainda não era presidente e a Suprema Corte ainda não tinha proferido a decisão em Dred Scott.

Finalmente, depois de muita pressão política, a Suprema Corte decidiu a questão em *Dred Scott v. Sandford*,⁵³⁰ considerando inconstitucional o Compromisso do Missouri, alegando que o governo federal não tinha poderes para regular a escravidão nos territórios e constitucionalizando, de forma definitiva, pensavam os políticos da época, a escravidão.

Embora Graber defenda que nessas situações não se pode facilmente qualificar a decisão como majoritária ou contramajoritária, pela falta de uma maioria clara a favor ou contra a decisão, a verdade é que a maioria pode até existir, mas eventualmente a influência de uma minoria e a relevância do tema para ela serão tais que a decisão se torna custosa politicamente.⁵³¹

Se assumirmos, como muitos estudiosos assumem, que políticos bem sucedidos tendem a captar de forma eficiente a opinião pública, então podemos inferir que a falta de uma decisão clara por parte deles significa que ou a opinião pública não é muito clara, ou a sua posição é minoritária. Por isso, embora historicamente *Dred Scott* seja considerada a pior decisão da Suprema Corte americana, e muitos a utilizem como um exemplo de contramajoritariedade, a verdade é que quando decidida, a Suprema Corte satisfaz os objetivos do Presidente e de grande parte do Congresso e, nesse sentido, ela cooperou com os agentes políticos que mais diretamente lhe empoderaram.

Outros autores também estudaram essa razão para empoderar o Judiciário, como Hirschl, sugerindo que esse tipo de delegação ocorre quando o político a vê como uma decisão do tipo “perde-perde”, ou seja, em que a única opção cujos danos são menores que os benefícios é não decidir.⁵³² Nessas situações, Hirschl enfatiza que a deferência ao Judiciário “*is derivative of political, not judicial, factors*”.⁵³³

⁵³⁰ 60 U.S. 393 (1857)

⁵³¹ GRABER, Mark. A. “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary.”, Op. Cit.,, p. 38. “When disputes arise that most elected officials would rather not address publicly, Supreme Court justices may serve the interests of the political status quo by making policy, taking public responsibility for making policy, and making policy favored by political elites. Judicial policymaking in these circumstances cannot be accurately described as either majoritarian or counter-majoritarian; it takes place when and because no legislative majority has formed.” Essa questão será explorada no último capítulo, quando será proposta uma classificação de decisões considerando o número de atores concordantes ou discordantes.

⁵³² HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. Op. cit., p. 104.

⁵³³ *Ibid.*, p. 85. “The removal of policy-making power from legislatures and executives and its investiture in courts may become attractive for political power holders when disputes arise that they consider undesirable as open public debates, primarily because they present “no-win” political dilemmas (such as the dispute over abortion policy in the U.S., or the question of “who is a Jew” in Israel). As Mark Graber and others have shown, ruling national coalitions in the United States have been inclined to defer to the U.S. Supreme Court primarily when they have reached a political deadlock, faced a no-win decision, or have been unwilling or unable to settle contentious public disputes in the political sphere. Deference to the judiciary, in other words, is derivative of political, not judicial, factors”..

Há dois tipos de situações distintas em que o executivo e o legislativo terão incentivos para transferir questões divisivas para o Judiciário. A primeira é aquela em que o político pode até ter uma posição preferida entre “A” e “B”, mas a sua prioridade é tão somente se livrar de ter que assumir publicamente uma dessas posições. Nesse caso, a transferência da questão para o Judiciário independe de considerações acerca da provável preferência dos juízes; Na segunda situação, a transferência decorre da percepção de que o Judiciário está alinhado politicamente com a opção preferida do político, e, portanto, assumirá o ônus decisório publicamente, sem que o político precise fazê-lo também.⁵³⁴ Após o resultado da decisão judicial, o político pode agradar os dois lados. Para os perdedores, critica a decisão judicial, enquanto utilizam o escudo da independência judicial e da competência constitucional para alegar impotência para modificá-la, além de cumprirem a decisão alegando para os vencidos a sua obrigatoriedade de fazer cumprir a “lei”. Tudo como estratégia para se manter politicamente viável mesmo diante de uma questão divisiva.⁵³⁵

Muitas vezes também, uma questão em si não é divisiva, mas a forma de implementá-la o é. Por exemplo, a maioria de uma sociedade pode concordar com a necessidade de aprovação de uma legislação criminalizando a corrupção em uma sociedade com constantes denúncias desse tipo, sem, no entanto, concordar com a melhor forma de fazê-lo. Aqui o que é divisivo é apenas a forma de atingir o resultado,⁵³⁶ e mesmo assim há espaço para a delegação decisória para o Judiciário.

A discordância sobre a melhor política mesmo quando se concorda com o objetivo enseja outra razão para a expansão do poder judicial: suas características peculiares de

⁵³⁴HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. Op. cit., p 43. “mainstream politicians may facilitate judicial policymaking in part because they have good reason to believe that the courts will announce those policies they privately favor but cannot openly endorse without endangering their political support.”

⁵³⁵Ibid., pp. 42-43 “Party moderates appease judicial losers by agreeing with the substance of legislation declared unconstitutional and by attacking unwarranted judicial activism, but avoid antagonizing judicial winners by refusing to support legislation that might limit the judiciary’s power to make such policies on the ground that such measures undermine judicial independence. For similar reasons, public officials may justify their decision to implement controversial judicial decisions by pointing to their obligation to obey the law, while insisting that they disagree with the Court’s holding. By repeatedly proclaiming that they have no legitimate means of influencing policy on matters that splinter existing partisan alignments, members of the dominant political coalitions aspire to persuade citizens that they should continue voting on the basis of those issues that the major parties are eager to contest.”

⁵³⁶Ibid., p. 44. “Legislative deference to the judiciary offers one additional benefit to mainstream politicians. A nine-member tribunal that is not politically accountable may be capable of making policy decisions in circumstances when elected officials, working within complex legislative rules, are too divided to agree on any particular program. Having a judiciary available to make policy decisions is a particular boon to elected officials whenever they are faced with a strong public demand that the government do something about a pressing problem, but there is no public consensus on a solution.”

tomada de decisões, *ex post facto* e varejista.⁵³⁷ Além disso, salienta uma das maneiras menos óbvias de delegar poder ao Judiciário: escrevendo leis propositalmente ambíguas ou com linguagem ampla.⁵³⁸ Ambos os pontos serão aprofundados na sequência. Por ora, o importante é identificar que sob a rubrica de questões divisivas estão também questões dessa natureza.

Os exemplos de delegação para o Judiciário de questões politicamente divisivas são muitos e diferentes no tempo e no espaço. O que os aproxima é a percepção de que a atuação do Judiciário nessas questões não decorreu de um vácuo político que precisava ser preenchido, mas de uma atuação desejada. Como definiu Graber: *“the justices cannot be criticized (or praised) for defeating the will of the legislature; the will of the legislature in each instance was that the justices take the responsibility for deciding what policy should be the law of the land.”*⁵³⁹

A coalizão formada em torno de Franklin Delano Roosevelt (FDR) e o New Deal ilustra bem como questões divisivas podem permear até mesmo um governo tão sólido. Se, por um lado, os Democratas do New Deal estavam todos a favor de uma postura econômica intervencionista administrada por um Estado grande, em questões como a segregação racial, esse grupo não poderia ser mais dividido: *“The New Deal Democratic party included Southerners committed to maintaining racial segregation and Northern intellectuals who strongly opposed Jim Crow institutions”*.⁵⁴⁰

A consolidação do capital nacional das grandes corporações americanas no final do século XIX também deu aos atores políticos esse incentivo. Com grande oposição das populações dos Estados em geral, e com o partido Democrata fazendo uma oposição consistente à nacionalização da economia, os atores políticos tinham mais esse incentivo para delegar as decisões para o Judiciário Federal, transferindo para o judiciário o ônus político de decisões impopulares.⁵⁴¹

Outro exemplo típico de uma questão divisiva que os políticos evitam a qualquer custo, em qualquer democracia ocidental, é o aborto. No caso americano, até a década de

⁵³⁷ Ver a próxima razão para empoderamento das Cortes.

⁵³⁸ Ver o item sobre “Como” o poder Judiciário é construído.

⁵³⁹ HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. Op. cit., p. 46.

⁵⁴⁰ HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. Op. cit., p. 39.

⁵⁴¹ GILLMAN, H. *How Political Parties can use the Courts to Advance their Agendas: Federal Courts in the United States, 1875-1891*. Op. cit., p. 516. “There was also a political advantage to the development of a more active role for federal courts. Federal judges were politically insulated from “hostile popular sentiment,” and to the extent that they would act as agents of national economic development, it would be unnecessary for state Republican Party leaders to incorporate into political platforms explicit policy positions on the construction of a national market that might put a strain on regionally specific political coalitions(...)”

90, em que a polarização entre os partidos tornou menos difícil esse tipo de posição para os democratas e republicanos,⁵⁴² parlamentares de ambos os partidos evitavam de todas as maneiras tornar públicas as suas posições sobre o assunto, até 1973, ano em que foi decidida *Roe v. Wade*,⁵⁴³ a política no âmbito federal era marcada pelo sucesso em evitar completamente o assunto.⁵⁴⁴ Havia um consenso tácito em que os liberais evitavam derrubar as leis que proibiam o aborto e os conservadores evitavam exigir de forma veemente o cumprimento dessas leis, tornando o aborto e os anticoncepcionais concomitantemente ilegais e amplamente tolerados.⁵⁴⁵

No caso do aborto, portanto, não se pode dizer que o legislativo empoderou o judiciário para a decisão antes de *Roe*.⁵⁴⁶ O tema é tão delicado nos EUA que os políticos preferiam sequer tocar no assunto. Mas, depois dessa decisão, os legisladores de ambos os lados, favoráveis ou contrários ao resultado da decisão, ficaram aliviados e apoiaram a “independência” do Judiciário, pelo simples fato desse poder ter assumido o ônus político da decisão. No caso americano, o aborto se encaixa na hipótese de uma delegação que o político faz mesmo sem ter razoável certeza de que o Judiciário será favorável a sua posição preferida. O *status quo* estabelecido por aquela decisão passou a ser defendido tanto pelo legislativo quanto pelo próprio executivo, que passaram a reiterar, sempre que necessário, que a questão era estritamente jurídica e deveria ser resolvida pela Suprema Corte.⁵⁴⁷ A tal ponto que a única proposta legislativa que teve alguma relevância sobre o

⁵⁴² GRABER, Mark. A. *The Nonmajoritarian Difficulty*. Op. cit., p. 60. “Many Democrats seemed more interested in emphasizing their position on abortion than in calling for the kind of state-sponsored welfare programs that have previously united their political coalition.” No rodapé 86 do texto, p. 61, Graber menciona que “Democrats are now able to present a fairly unified front on abortion because “pro-life voters who care passionately about the issue have already defected to the Republican party.””

⁵⁴³ 410 U.S. 113 (1973)

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 55. “Abortion and birth control were successfully organized out of American electoral politics from the 1930s until the 1970s. With most politicians unwilling to take strong public stands on whether women had a right to terminate their pregnancies, proponents of statutory reform lacked the power to repeal existing restrictions, and proponents of those restrictions lacked the power to have them enforced.”

⁵⁴⁵ *Idem.*, “contraception and abortion were both illegal and widely tolerated”.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 54. “Unlike slavery and antitrust, abortion became a significant threat to the established party system only after the Supreme Court had engaged in independent judicial policymaking.”

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 56. “In the aftermath of *Roe v. Wade*, many politicians who had previously ignored the abortion controversy joined the struggle to keep the debate over privacy rights in the courtroom and out of electoral politics. Although most national officials in the seventies and eighties expressed qualms about abortion on demand, enough uncommitted legislators coted with prochoice representatives to prevent Congress from enacting statutes or proposing constitutional amendments that would deny women the right to terminate their pregnancies. Late-twentieth-century politicians proved particularly successful when fighting against proposals that would strip the Supreme Court and lower federal tribunals of the jurisdiction necessary to make abortion policy. Pro-life efforts to divest the national judiciary of its power to adjudicate abortion issues never received any substantial support in either the House of Representatives or the Senate.”

tema nos anos após essa decisão definia apenas que a questão sobre permitir ou não o aborto cabia aos Estados.⁵⁴⁸

Esse modelo de evitar a questão na arena política persistiu mesmo quando o executivo era ocupado por um republicano com a força política que teve Ronald Reagan,⁵⁴⁹ pois sua coalizão estava tão fortemente comprometida com reformas econômicas que preferiu deixar questões morais divisivas em segundo plano, pelo menos na política majoritária.⁵⁵⁰

A coalizão conservadora não deixou de tentar resolver a questão, mas o fez mantendo o *locus* da disputa sempre no Judiciário. Dessa forma, o presidente podia indicar e o Senado confirmar como *Justices* pessoas cuja carreira e trajetória política os levariam a proibir o aborto (revertendo *Roe*), sem que a opinião pública ou os eleitores pudessem associar nem o presidente nem os senadores com essa decisão.⁵⁵¹ Assim, parte da explicação para a reprovação de Robert Bork como juiz da Suprema Corte foi a estratégia bem sucedida dos Democratas de “convencer o público que um político que votasse na confirmação de Bork estava na verdade votando pela reversão de *Roe v. Wade*”. Ou seja, a questão do aborto é tão divisiva que o simples fato de um senador antecipar que o seu voto em um indicado à Suprema Corte pode associá-lo com uma posição específica sobre o aborto é suficiente para que ele deixe de confirmar a indicação.

Em suma, a transferência e manutenção do aborto como uma questão exclusivamente jurídica serve aos interesses de parlamentares de todo o espectro político:

⁵⁴⁸GRABER, Mark. A. *The Nonmajoritarian Difficulty*. Op. cit., p. 56 “Although prolife representatives introduced hundreds of constitutional amendments in the years following *Roe v. Wade*, only one of them was reported out of committee. Significantly, that proposal, the Hatch Amendment, would neither criminalize nor legalize abortion, but merely require that state legislatures decide when women could lawfully terminate their pregnancies.”

⁵⁴⁹Idem., “Even William French Smith, President Ronald Reagan’s first attorney general, publicly criticized proposals that would limit federal jurisdiction over abortion.”

⁵⁵⁰Ibid., p. 59. “Republican executives hostile to abortion had significant difficulty convincing mainstream legislators to challenge judicial decisions legalizing prochoice policies. In retrospect, the Reagan/Bush administration was apparently far less committed to making abortion policy than many of its public statements indicated. The successful enactment of Reagan’s massive tax and domestic spending cuts suggests that his failure to obtain legislation undermining *Roe* cannot be attributed to any general weakness in the governing majority that dominated American politics from 1980 to 1982. Rather, in order to preserve the united coalition necessary to sustain their attack on the welfare state, President Reagan and his associates deliberately chose to deemphasize legislation and constitutional amendments that might expose and exacerbate internal divisions within the Republican party (and among Democratic “boll weevils”) over abortion. As James Sundquist observes, “in order to get on with his pressing economic agenda,” the president “had to avoid, postpone, and subordinate divisive conflicts over the social and moral measures of the New Right.”

⁵⁵¹Ibid., pp. 59-60. “President Reagan did attempt to overturn *Roe* by placing many socially conservative justices on the federal bench, a strategy that was fairly successful during the first six years of his presidency. Many Senators who were unwilling to take a strong open stand against abortion proved willing to confirm Reagan’s judicial nominees because their votes were either not publicized or not interpreted as policy decisions on abortion.”

Many persons opposed to abortion did not blame their state representatives for not implementing restrictions on abortion because they perceived that the courts were the institution responsible for making prochoice decisions. Many persons who favored abortion rights did not blame their elected officials for passing prolife legislation because they believed they could trust the judiciary to protect those rights. (...) Thus, although Roe clearly disrupted normal politics at first, legislative efforts to keep abortion in the courts minimized the damage. Rubin points out that as a result of continued judicial policymaking, the abortion conflict was “tamed, limited, and confined by the ritual dance, back and forth, between legislatures and courts.”⁵⁵²

Esses são só alguns exemplos de questões que políticos preferem transferir para o Judiciário. Muitos outros poderiam ser citados, como a questão racial nos anos 1960 nos EUA, ou mais recentemente, em duas oportunidades distintas, a reforma do financiamento de campanha naquele país.⁵⁵³ O fato é que em democracias com território e população tão grandes como os EUA, ou o Brasil, as coalizões nacionais majoritárias irão sistematicamente abranger grupos heterogêneos, com discordâncias internas substanciais, o que irá constantemente criar oportunidades para o empoderamento do Judiciário.⁵⁵⁴ Questões que potencialmente fraturem essas coalizões serão provavelmente deixadas de lado, ou, se houver algum tipo de pressão para uma resposta, serão potencialmente transferidas para o Judiciário. Percebe-se claramente essa dinâmica, no constante debate político brasileiro sobre a corrupção, que pode atingir diretamente grande parte da coalizão governista e dificilmente alcançará uma resposta efetiva nesses canais.⁵⁵⁵

Por fim, embora explique de forma bastante consistente muitas das hipóteses em que o poder judicial foi expandido, Graber reconhece que ela é apenas uma das muitas causas históricas da independência judicial.⁵⁵⁶ Como vimos ao longo desse item, os agentes políticos podem evitar questões divisivas delegando-as para outras instituições

⁵⁵² GRABER, Mark. A. *The Nonmajoritarian Difficulty*. Op. cit., , pp. 58-59.

⁵⁵³ *Ibid.*, pp. 62-63.

⁵⁵⁴ GRABER, Mark. A. *The Nonmajoritarian Difficulty*. Op. cit., p. 69: The underlying political structures that give rise to legislative deference to the judiciary suggest that Warren/Burger/Rehnquist Court activism is particularly likely to be a political fixture in the near future. Nearly every political controversy has been nationalized in contemporary American politics. Because national parties can reflect partisan cleavage on only a few of those issues, party moderates must regularly attempt to organize many conflicts out of electoral politics. When faced with this issue-overload, the modern “Congress has increasingly found the judicial system a convenient dumping ground for a number of difficult problems.” Future politicians will, no doubt, continue to encourage judicial policymaking on those issues that crosscut the dealigning New Deal party system, and on those issues that crosscut any future party system. In this political environment, justices willing to make public policy will have no shortage of policies to make.

⁵⁵⁵ A Lei da Ficha Limpa é um excelente exemplo. Depois de uma mobilização profunda da população, o Congresso, acuado, foi obrigado a aprovar uma lei que sem dúvida prejudica e prejudicará muitos dos parlamentares atualmente no poder. Não surpreende, portanto, que seu destino esteja dependendo de uma decisão do STF, que pode absorver o ônus político de declará-la inconstitucional e absolver o legislativo de qualquer culpa, já que este último terá “feito a sua parte”.

⁵⁵⁶ GRABER, Mark. A. *The Nonmajoritarian Difficulty*. Op. cit., p. 68p. 68.

que não apenas o judiciário, como as agências reguladoras, bancos centrais, entidades supranacionais, e estados, nas federações. Ou seja, para que uma questão seja delegada para o Judiciário e não para essas outras instituições, ele deve possuir características específicas que o tornem ainda mais interessante enquanto delegatário do poder. É o que veremos no próximo item.

2.4.5 A posição *ex post facto*, varejista e a atuação informacional do Judiciário

Para além de questões estritamente políticas, existem características inerentes à função judicial típica que aumentam o incentivo para o empoderamento das Cortes: sua posição *ex post facto* e varejista.

Quem enfatiza as características privilegiadas do judiciário para depurar nuances insuscetíveis de antecipação pelo legislativo é Wilfrid Waluchow, em seu livro “*A Common law theory of judicial review*”.⁵⁵⁷ Para o autor, o modelo do *common law* de aplicação e construção do direito teria vantagens em relação ao modelo do *civil law*, vantagens essas que dizem respeito a duas características das Cortes. Primeiro, em relação à dificuldade de antecipar as conseqüências de uma lei previamente a sua implementação, e segundo, em relação a existência de desacordos morais razoáveis, que tornam soluções amplas e impossíveis/indesejadas, demandando um raciocínio da “microjustiça” para adaptar a questão a casos concretos e contextualizá-la.⁵⁵⁸

O legislador, quando considera um projeto de lei, atua de forma prospectiva e necessariamente incompleta. Suas considerações dependem de condições que podem ou não ocorrer. A tarefa de legislar tem intrínseca um componente complicador que inexistente para o judiciário: o exercício de antecipação ou “quase-vidência”, na medida em que não é possível saber antes da lei ser introduzida no universo jurídico o seu impacto efetivo.⁵⁵⁹ O Judiciário tem, nesse arranjo, uma posição privilegiada, pois decide casos concretos necessariamente após a vigência da lei (pelo menos no controle constitucional *a posteriori*) e, portanto, tem a oportunidade de fazê-lo depois do legislador, visualizando os efeitos práticos da incidência da lei.

⁵⁵⁷ WALUCHOW, Wilfrid J. *A common law theory of judicial review: the living tree*. Cambridge: Cambridge University Press. 2007.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, pp. 250-273.

⁵⁵⁹ Essa afirmação comporta graus: no exercício do controle concentrado e abstrato, o STF pode se ver em situação similar à do legislador, quando a lei que se pretenda invalidar for recente ou ainda não tiver sido suficientemente testada no espaço social. Nessas situações, a vantagem decisória inerente ao Judiciário fica mitigada.

Há quem defenda normativamente o *Judicial Review* a partir dessa posição privilegiada de avaliação da política pública e sua incidência *ex-post facto*. Um legislador pode estar genuinamente preocupado com as consequências práticas e os eventuais subprodutos não antecipados da política pública que ele deseje implementar. Ou seja, o fato do Judiciário ser o “último a decidir”⁵⁶⁰ explica muito do seu empoderamento.

Justice William Douglas, citado por *Jeb Barnes*, igualmente ressalta a função salutar de correção e sinalização do Judiciário em relação ao legislador que não tem como ser onisciente,⁵⁶¹ e *Ginsburg* também enfatiza essa vantagem do controle de constitucionalidade *ex post facto*, comparando o controle de constitucionalidade prévio com o exercido “*a posteriori*”:

Ex post review allows for more types of claims: A claimant can argue not only that a statute is unconstitutional on its face and its purpose, but also in its effects. *Ex ante* constitutional review may increase the average quality of legislation – patently unconstitutional bills cannot be passed. But *ex post* constitutional review may also have a similar effect. By demonstrating that unconstitutional legislation cannot be effectively implemented, *ex post* review may reduce the incentives to pass such legislation. To the extent that review after promulgation allows more information to be considered, there may be an advantage for *ex post* monitoring.⁵⁶²

Nesse cenário, o Judiciário pode funcionar como um fórum para correções e ajustes pontuais de consequências não antecipadas pelo legislador. *Rogers* qualifica essa atuação como a função informacional do *judicial review*:

Then considering a proposed bill, legislators face uncertainty regarding the outcome they want the bill to achieve and the outcome that the law actually will have when implemented and enforced (*Krehbiel* 1991, 62). Legislative decision making thus requires prediction as legislators look forward to anticipate the impact a proposal might have if enacted. In contrast, judicial policy-makers tend to be more backward looking. They review laws in light of their realized consequences. This difference critically distinguishes the informational context of legislative decisions from the informational context of judicial decisions. As *Felix Frankfurter* noted, "In the availability of facts which underlie litigation, there is a wide gulf between opinions in advance of legislation ... and decisions in litigation after such proposals are embodied into law or carried into execution" (1930, 478). As a result, in "the crucial cases," differing judgments of legislature and court over policy "resolve ... not really to a difference about

⁵⁶⁰ Pelo menos na perspectiva de uma única rodada decisória, o Judiciário será o último a decidir. Se ampliarmos o espectro para múltiplas rodadas decisórias, essa vantagem se dilui. Ver. *HUBNER, Conrado. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras, e Ciências Humanas. 2008, 219 f.*

⁵⁶¹ [T]he reach of a law may never be appreciated by the enacting body until it has been passed and put into practice. Congress is not omniscient; no matter how careful the draftsmen, all contingencies cannot possibly be foreseen; words are treacherous for the transmission of ideas. That is why constant legislative reappraisal of statutes as construed by the courts... is a healthy practice. *Justice William O. Douglas*, apud *BARNES, Jeb. Overruled?: Legislative overrides, Pluralism, and Contemporary Court-Congress relations. Stanford: Stanford University Press. 2004. p. 3.*

⁵⁶² *GINSBURG, Tom. Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases. Op. cit., p. 39.*

law, but to differences in knowledge of relevant facts and inferences drawn from such facts" (Frankfurter 1924, 1004).⁵⁶³

Há um dado interessante sobre essa função informacional do Judiciário. Ela interessa mais aos poderes políticos quando as preferências políticas da Corte são convergentes com as suas. Em situação de convergência, ou seja, de cooperação, a invalidação de uma lei feita pelo Judiciário irá sinalizar ao legislativo e ao executivo que aquela política preferida não alcança os resultados pretendidos na sua aplicação concreta. Se a corte antagonizar os poderes eleitos, suas invalidações poderão ser simples discordância sobre a melhor política, não sobre a melhor forma de implementar uma política, reduzindo o incentivo relacionado à função corretiva e informacional.⁵⁶⁴

Essa atuação do judiciário corrigindo eventuais resultados práticos não antecipados beneficia o legislador na medida em que diminui os riscos de inovação no ordenamento jurídico. Consciente de que o Judiciário pode invalidar a lei ou certas aplicações dela depois de observar a sua incidência concreta, o legislador se torna menos preocupado em antecipar toda e qualquer possibilidade interpretativa. Ou seja, *"The Court's informational advantage induces the legislature to experiment with riskier legislation that without judicial review (or without informative review), it would not enact."*⁵⁶⁵ O caráter informativo do controle de constitucionalidade é tão relevante, que Rogers defende ser ele a razão pela qual os legisladores toleram períodos em que o Judiciário é hostil as suas preferências, pois *"As long as the Court is not "too" political, what the Legislature loses*

⁵⁶³ ROGERS, James R. "Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Executive Interaction." *American Journal of Political Science* 45. p. 84

⁵⁶⁴ Ibid. pp. 91-92. Importantly for the results derived below, it is precisely when the convergent Court vetoes legislation that it is informationally productive. The Court takes an action that helps the Legislature achieve its own policy goals by remedying legislative error ex post. Because of the partial-pooling nature of the equilibrium, however, the "cost" to the Legislature of having informationally productive judicial review is that it must at the same time tolerate the Court's veto when its preferences diverge from those of the Legislature. Secondly, in Equilibria 2 and 3, the Court engages in fully pooling behavior. That is, irrespective of the state of the world and irrespective of the preference of the Court, the Court affirms the Legislature's enactment. In these equilibria the Legislature loses the informative judicial review that exists in Equilibrium 1, although the Court never substitutes its policy preferences for those of the Legislature.

⁵⁶⁵ Ibid. pp. 94-95. The existence of some informative judicial review induces the Legislature to take chances with legislation that, without judicial review, it would not take. The Legislature enacts more and "riskier" legislation than it would without judicial review. Importantly, however, the Legislature's risk-taking behavior leaves society better off because the Court strikes down the risky legislation only when the "bad" contingency is realized, but sustains it when the "good" contingency is realized. The Court's informational advantage induces the Legislature to experiment with riskier legislation that without judicial review (or without informative review), it would not enact. Note that the policy-oriented Legislature may prefer a system with judicial independence—even when there is a high probability that it faces a preferentially divergent Court that will substitute its own policy judgment for the Legislature's—over a system of legislative supremacy in which the judiciary never voids the Legislature's enactments.

to judicial policy-making it more than makes up from the informational service that the Court provides in helping the Legislature to secure its own policy goals".⁵⁶⁶

A liberdade de atuação do Judiciário, portanto, depender do grau de certeza sobre uma determinada política, e a capacidade da lei elaborada de atingir o resultado. Quanto mais incerto o legislativo estiver, maior o espaço do judiciário. E o contrário é igualmente verdade. Rogers propõe que, quando *"the legislature is very uncertain about the appropriateness of its enactment the Court is entirely unconstrained by strategic considerations and a divergent Court is free to substitute its own policy preferences for that of the Legislature"*. Por outro lado, quando o legislativo está *"increasingly assured of the appropriateness of its enactment (...) The Court will not strike down the enactment regardless of its own policy preferences"*.⁵⁶⁷

Importante destacar, ainda, que esse tipo de transferência de poder não existe apenas na interação entre o legislativo e o Judiciário. O legislativo igualmente delega poder para o executivo com base na capacidade institucional, na capacidade de obtenção e processamento de informações, de proferir decisões mais técnicas, e finalmente, na capacidade da burocracia se adaptar mais rapidamente à mudança do cenário a ser regulado. As agências reguladoras são um exemplo dessa transferência de poder no âmbito da relação legislativo-executivo. O raciocínio é muito similar à delegação de poder para o Judiciário, que, na perspectiva de muitos cientistas sociais e políticos, nada mais é do que uma agência estatal singularizada por práticas e por um conhecimento técnico que lhe diferencia das demais.

Em suma, a posição *ex post facto* do Judiciário lhe confere acesso a informação superior a adquirido pelo legislativo tanto em quantidade quanto em qualidade. O aspecto quantidade é intuitivo. Além de toda a informação obtida pelo legislativo, o Judiciário tem mais informação pela simples passagem do tempo entre a entrada em vigor da lei e a demanda a ele submetida. Quanto à qualidade, o Judiciário necessariamente acessa uma informação melhor na medida em que sua decisão será tomada depois da incidência da lei na realidade, ao passo que o legislador – por definição – nunca terá essa informação. Mas a qualidade da informação é também superior, em função dos vários requisitos processuais

⁵⁶⁶ ROGERS, James R. "Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Executive Interaction.", op. Cit., pp. 95-96

⁵⁶⁷ Ibid., p. 96

que exigem uma instrução específica sobre o litígio e os seus efeitos nos grupos que são efetivamente atingidos pela lei.⁵⁶⁸

Assim, se uma lei incide na realidade social de forma não antecipada pelo legislador, com resultados que lhe desagradam, pode ser menos custoso permitir que o Judiciário derrube a referida lei do que aprovar uma nova lei derogando essa. O custo de transação para o Congresso pode ser muito alto, e o empoderamento do Judiciário pode ser uma saída menos onerosa.

Além dessa posição privilegiada, o Judiciário possui múltiplos mecanismos para evitar decisões imediatas e com isso dissipar o calor político decorrente da mobilização de atores envolvidos no processo legislativo.

Do ponto de vista empírico, essa razão para empoderar o Judiciário pode comumente se associar à anterior (transferência de questões políticas divisivas). Ou seja, o legislador percebendo o potencial conflitivo e divisivo de uma determinada posição, será mais tímido e ambíguo na elaboração da lei, transferindo ao Judiciário o ônus político, que é sensivelmente amortecido por essa posição privilegiada deste poder. Um excelente exemplo que podemos dar é a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

A referida Emenda Constitucional tratou de um tema politicamente sensível: o regime de servidores públicos dos entes políticos. O art. 39 da CF/88 foi alterado para flexibilizar o regime jurídico único para servidores da administração direta.⁵⁶⁹ Essa posição do governo de flexibilização do regime único era combatida de forma veemente pela oposição. Sem embargo do mérito do tema, a EC foi aprovada com um vício formal no processo legislativo.⁵⁷⁰ O Partido dos Trabalhadores, à época na oposição, ajuizou a ADI nº 2.135 pedindo a declaração de inconstitucionalidade da referida emenda, com base, além de argumentos de fundo, no argumento de vício no processo legislativo.

Não obstante a simplicidade da constatação de um vício dessa natureza, o Ministro Nelson Jobim pediu vista do processo e ele até hoje não foi julgado em definitivo.⁵⁷¹ Esse

⁵⁶⁸ ROGERS, James R. "Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Executive Interaction.", op. Cit., pp. 87/88.

⁵⁶⁹ A redação original do artigo 39: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas". A emenda 19 alterou a redação para: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes".

⁵⁷⁰ O processo legislativo das emendas constitucionais de aprovação em dois turnos pelas duas casas foi desrespeitado.

⁵⁷¹ Em 2 de agosto de 2007 foi dado provimento parcial à liminar, para suspender a eficácia do caput do artigo 39.

controle irrestrito da própria pauta permite ao STF ampliar ainda mais essa posição *ex post facto* em relação ao legislador.

A segunda característica típica do *common law* enfatizada por Waluchow que torna o controle de constitucionalidade normativamente - e empiricamente – interessante é o caráter individualizado de suas decisões, que permite que se avance em situações de desacordos morais razoáveis criando textos normativos amplos e compromissórios, a serem moldados pelos juízes nos casos concretos. Esse foco na resolução de litígios entre “A” e “B” é dado também por Lovell, que estudou as delegações legislativas no âmbito das disputas trabalhistas nos Estados Unidos. Segundo ele, os legisladores podem empoderar as Cortes por acharem que a melhor forma de resolver um assunto politicamente sensível é dando aos juízes diretrizes gerais e princípios flexíveis para eles desenharem os resultados de acordo com as circunstâncias únicas de casos individuais. O exemplo por excelência disso seriam as sentenças criminais.⁵⁷² Barroso também enfatiza essa vocação dos juízes para a microjustiça,⁵⁷³ e Koerner, citando Vallinder, diferencia as cortes e o legislativo, ou a decisão judicial e a majoritária, a partir dessas características.⁵⁷⁴

Gillman igualmente informa que parte do incentivo que os Republicanos tiveram para transferir poder decisório para o Judiciário Federal nas questões que tocavam as nascentes corporações e grandes empresas americanas decorre justamente desse caráter individual e varejista do processo judicial.⁵⁷⁵ Nessa visão, a tutela individualizada típica do judiciário se conjuga com o incentivo da transferência de questões divisivas para que o

⁵⁷² LOVELL, George I. Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy. Op. cit., posição 261/268 (versão para Kindle)

⁵⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Op. cit., p. 13. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

⁵⁷⁴ KOERNER, Andrei. INATOMI, Celly. BARATTO, Marcia. *Sobre o Judiciário e a Judicialização*. Op. cit., p. 19. Ele diferencia as características das cortes e das legislaturas em função dos seguintes critérios: atores, métodos de trabalho, regras básicas de decisão, a resposta e as implicações da decisão. As cortes têm como atores as duas partes do litígio e um terceiro, que atuam num processo de produção de evidências e argumentação em audiências públicas; a decisão é tomada por um juiz imparcial e se fixa em casos individuais, cujos fatos ela determina e estabelece a regra relevante. A decisão adquire o estatuto de “a única solução correta”. Na legislatura há múltiplos atores, que estabelecem relações de barganha, compromissos e alianças ocasionais; a decisão é tomada pelo princípio majoritário e tem o caráter de fixar regras gerais sobre políticas, implicando a alocação de valores na comunidade política. A decisão tem o caráter de “a solução politicamente possível”.

⁵⁷⁵ GILLMAN, H. *How Political Parties can use the Courts to Advance their Agendas: Federal Courts in the United States, 1875-1891*. Op. cit., p. 516. Federal courts were thus functionally well suited to play an important role in promoting a policy of economic nationalism. The construction of this market required sympathetic supervision of individual transactions rather than general regulative or administrative capacity; federal courts were institutionally positioned to “span the divide between state and national authority” and “constitutional principles provided an effective framework for monitoring federal and state attempts to regulate corporate consolidation and interstate commercial transactions”

executivo e o legislativo estimulem que uma política pública seja implementada pelo judiciário de forma microscópica.

A microtutela aliada ao caráter informacional da atuação das Cortes ajuda a explicar porque existe o incentivo para delegar ao Judiciário a supervisão e controle de muitos atos administrativos ou de agências. Para Lovell, *“legislators might empower judges to reject administrative decisions because doing so provides additional oversight of executive branch agencies and an additional guarantee of due process.”*⁵⁷⁶

Mais do que isso, o processo decisório específico do Judiciário permite que ele seja um catalisador de movimentos frágeis ou alijados do processo democrático. Aqui a Corte pode sinalizar a certos grupos que suas demandas serão acolhidas ou que o Judiciário será um canal para respostas que – justamente por serem mais tímidas e menos abrangentes do que leis abstratas – poderão auxiliar no fortalecimento de tais grupos. Um excelente exemplo americano diz respeito ao movimento feminista, e à luta pela igualdade de gênero e pela diminuição da disparidade salarial entre mulheres e homens. O acolhimento dessas demandas pelo Judiciário auxiliara o movimento a canalizar recursos e a se organizar em torno dessa questão. Como ensina McCann:

The very reform strategy itself (of gender-based pay equity) was conceived by union and civil rights lawyers responding to emerging Court rulings that demonstration of race- or sex-based discriminatory impact could establish a judiciable claim under the 1964 Civil Rights Act. Wage discrimination claims were filed in federal courts during the 1970s in an attempt primarily to develop new case law, but in many local contexts such lawsuits also became key resources for organizing women into unions or activating grassroots involvement among the already organized. This activity increased dramatically in local and state venues around the nation after the 1981 Court finding of sex-based wage discrimination against female prison guards in *Co. of Washington v. Gunther*. In short, the movement was conceived, born, and developed as a formidable political force from opportunities and resources created by federal court, and especially Supreme Court, rulings. Parallel accounts have been provided for a variety of both national and local political movements for environmental causes, civil rights, women’s rights, animal rights, and the rights of the physically and mentally disabled (McCann 1986; Melnick 1983; O’Connor 1980; H. Silverstein 1996; Olson 1984; Milner 1986).” (parentesis adicionado)⁵⁷⁷

Das razões que justificam – empiricamente – o empoderamento do Judiciário – essa é uma das mais promissoras normativamente. As demais podem empoderar o

⁵⁷⁶ LOVELL, George I. *Legislative Deferrals: Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2003. Pos. 268 (Versão para Kindle).

⁵⁷⁷ McCANN, Michael. *How the Supreme Court Matters in American Politics*, pp. 72/73, in *The Supreme Court in American Politics. New Institutional Interpretations*. Edited by Howard Gillman & Cornell Clayton. University Press of Kansas. 1999.

Judiciário para exercer políticas substancialmente ruins (como quando os Republicanos empoderaram o Judiciário para este decidir a questão da escravidão nos EUA, culminando na infame Dred Scott; ou quando o Governo Militar brasileiro empoderou o STF para que esse controlasse os juízes que fossem “lenientes com os subversivos”). Nessa posição varejista e *ex post facto* o Judiciário tem maior potencial para exercer um papel normativo de fórum político para as minorias alijadas do processo político majoritário que é normativamente desejável e o legitima constitucionalmente.

Como dito acima, serão decisões esparsas e insuficientes *per se* para modificar a realidade macroscópica do respectivo grupo, seja ele os quilombolas, minorias religiosas ou qualquer grupo minoritário. Mas o potencial agregativo, canalizador de energias e representativo para um movimento minoritário que enxerga o judiciário como seu aliado é um enorme ganho para a democracia. Essa possibilidade de correção não deve ser subestimada. Sobretudo pelo papel incentivador e simbólico que serve para mobilizar e organizar esses grupos excluídos do processo majoritário, na medida em que encontram um canal que os representa em alguma medida. A doutrina menciona muitos exemplos da microjustiça atuando de forma decisiva na organização de grupos até então não suficientemente estruturados, como no caso dos direitos dos homossexuais nos EUA.

Mas a atuação “varejista” da decisão judicial também apresenta desvantagens. Pois, se, por um lado da voz e efetive direitos não priorizados pelos atores políticos, por outro lado, há quem use justamente esse caráter microscópico como uma desvantagem do Judiciário, cujas decisões singulares, esparsas e pouco significativas para alteração do *status quo*, retiram a energia que deveria ser alocada nos canais majoritários.⁵⁷⁸ Além das críticas, que vão desde a (in)capacidade institucional até a reserva do possível. O fundamental é perceber que essa características podem ser encaradas como uma razão para empoderar o Judiciário ou, para outros, como razão justamente para não empoderá-lo,

⁵⁷⁸ McCANN, Michael. *How the Supreme Court Matters in American Politics*, op. Cit., p. 88. “Likewise, legal mobilization studies have shown that “have-nots” and subaltern groups sometimes do improve their situation through legal tactics while the “haves” and dominant groups sometimes are forced by law to relinquish some of their power. This is the heart of the claim by legal mobilization scholars that law can “cut both ways – serving at some times and under some circumstances to reinforce privilege and at other times to provide the cutting edge of change” (Scheingold 1989, 76). Nevertheless, most legal mobilization studies confirm that even meaningful changes arising from particular contests rarely alter, and in fact often only reinforce, the overall patterns of social hierarchy and group power relations within society. Overall, both types of studies regarding political interaction have much to teach about what Schattschneider called the “mobilization of bias” in American society – that “set of predominant values, beliefs, rituals, and institutional procedures... that operate systematically and consistently to the benefit of certain persons and groups at the expense of others” (cited in Gaventa 1980, 14).

mantendo o poder no executivo, por exemplo, mais apto à elaboração de políticas públicas.⁵⁷⁹

Apesar dessa ressalva quanto à implementação da microjustiça, o importante é perceber que tanto a sua posição no processo decisório (*ex post facto*) quanto à natureza da sua decisão são características que ajudam a explicar porque muitas vezes os agentes constitucionais vislumbram o Judiciário como parte fundamental do processo de construção das políticas públicas.

Afinal, se o Judiciário tem dificuldades de alterar o *status quo*, isso decorre menos das características ora mencionadas e mais de um aspecto estrutural do direito, cujas instituições e a formação dos seus operadores são pensadas, via de regra, para mantê-lo, e não para alterá-lo. O que, aliás, é outra razão para empoderá-lo, que veremos a seguir.

2.4.6 O direito como limitador de mudanças e a manutenção do *Status Quo*

As ciências sociais identificam um caráter constitutivo do judiciário que também ajuda a explicar o seu empoderamento: a linguagem jurídica e dos direitos estabelece os limites das demandas sociais cabíveis no Estado Liberal, razão pela qual esse se utiliza do Judiciário como parte integrante do seu sistema de “*soft power*”. Numa linha de raciocínio que se aproxima da marxista, o Direito seria uma superestrutura que criaria limites para demandas dos grupos não hegemônicos, e até mesmo para os pleitos dos grupos que detém o poder. O direito, entendido como um conjunto de regras e práticas sociais, é parte do sistema, e como tal, é incapaz de processar contestações ao sistema do qual faz parte.⁵⁸⁰

Toda vez que o direito legitima e reitera uma prática como “legal” ou “constitucional”, ele está, de certa forma, excluindo uma série de opções alternativas que serão reputadas ilegítimas. Nesse sentido, serve para consolidar relações de poder existentes, servindo no mais das vezes ao *status quo*:

At the same time, constitutive analysts tend to probe further the Court’s capacity to legitimate and normalize prevailing power relations in ways already discussed. On the one hand, this requires attention to the routine practices by state authorities aiming to justify prevailing institutional arrangements,

⁵⁷⁹ KOERNER, Andrei. INATOMI, Celly. BARATTO, Marcia. Sobre o Judiciário e a Judicialização. Op. cit., p. 28. “não se tem uma relação necessária entre as políticas de direitos e a maior relevância do Poder Judiciário, as discussões sobre o Judiciário no Welfare State nos anos setenta e oitenta indicavam antes o contrário, uma expansão da capacidade de ação da administração pública, com suas ações planejadas e de larga escala, perante as quais os objetos e métodos de decisão judicial tornavam-se impotentes”.

⁵⁸⁰ McCANN, Michael. *How the Supreme Court Matters in American Politics*, Op. cit., p. 89.

relationships, and “rationalities of action” that structure social life. This practice of recurrent justification for established ways of doing things as reasonable, right, even natural – regardless of outcomes in specific cases – is one of the most important roles played by our appellate courts, and especially by the Supreme Court. On the other hand, every action encouraging and legitimating one set of arrangements at the same time precludes, obscures, and delegitimizes other possible arrangements and understandings. Even when its justifications for status quo arrangements are not convincing, therefore, the accumulated traditions of knowledge production by the courts over time place real constraints on alternatively imagined forms of community. (...) Even distrust of the Court’s legal constructions typically produces little challenge to the status quo, (...)⁵⁸¹

Essa explicação é mais ampla e profunda do que a teoria da preservação hegemônica. Trata-se não de garantir políticas de um grupo hegemônico que antecipa uma perda de poder, mas da própria concepção de Estado – normalmente associada com o Estado Liberal – que é partilhada de forma mais geral pela sociedade. Como sugere McCann, as alternativas a esse modelo do “*rule of law*” são tidas como piores, na medida em que costumam constranger e limitar a ação a partir da coerção física e da intimidação no seu estado puro. Assim, algum grau de empoderamento do Judiciário representa um pré-compromisso com um modelo constitucional mínimo das sociedades em que vivemos. Embora aparentemente óbvia, essa afirmação tem o condão de demonstrar que o Judiciário já goza de algum poder em sociedades verdadeiras comprometidas com o Estado Liberal Democrático. É parte do arquetipo mínimo da separação de poderes.

Mas mais do que isso, ela serve para realçar a nossa perspectiva. Saímos de um Judiciário guardião da Constituição e defensor de minorias alijadas do processo político majoritário – propostas normativas – para um Judiciário majoritariamente protetor do *status quo*. É exatamente essa função primordialmente conservadora que justificou o empoderamento do Judiciário nas colônias americanas e ao longo de quase toda a história americana. Nessa perspectiva, a minoria para o qual o judiciário é empoderado para defender é justamente as elites políticas e sociais – o oposto do que a teoria constitucional propõe. Não por outra razão, Ferejohn ressalta que a concepção amplamente difundida do governo republicano do século dezoito via o legislativo “*as the most dangerous department of government because of its close ties to the people*”.⁵⁸² O judiciário foi empoderado para proteger as elites desse departamento perigosamente influenciado pelo “povo”.

⁵⁸¹ McCANN, Michael. *How the Supreme Court Matters in American Politics*, Op. cit., p. 90.

⁵⁸² FERREJOHN, John. *Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence*, op. Cit., p. 378.

Reconhecer isso é difícil. Mas libertador. Significa admitir que em nenhum modelo constitucional verdadeiro o Judiciário poderá atuar sempre protegendo minorias sem força política. Nem mesmo na maioria das vezes. Há um limite para a força contramajoritária da atuação do Judiciário.

O Ministro Barroso também reconhece esse viés que vê “*no Judiciário uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade*”.⁵⁸³ Koerner também enxerga no próprio discurso legitimador do empoderamento do judiciário um caráter elitista, “*que valorizam o Judiciário como uma instância formada por homens experimentados e prudentes que teriam o papel de limitar os poderes de representantes eleitos...*”⁵⁸⁴ Graber igualmente aponta a tendência do judiciário de se alinhar com o pensamento e as políticas preferidas das elites,⁵⁸⁵ Ferejohn também enfatiza que “*judicial preferences tend to be fairly stable and resistant to change*”,⁵⁸⁶ isso porque *the general respect for legal values of stability and predictability work to make doctrine evolve quite slowly in most areas of the law*”,⁵⁸⁷ e essa estabilidade seria uma razão fundamental para a manutenção da independência judicial.

Hirschl chama, ainda, a atenção para o fato de que essa natureza preservadora do *status quo* teria sido, a partir da virada kantiana pós 2ª guerra, mascarada na retórica da justiça social, que passou a divulgar o judiciário de forma diferente da sua atuação típica.⁵⁸⁸ Nesse sentido, a constitucionalização de direitos e o empoderamento do judiciário podem ser um antídoto para a crescente democratização mundial. De fato, a expansão do poder judicial tem acompanhado a expansão quase irrestrita do sufrágio universal e outras possibilidades de discriminação ao voto:

⁵⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Op. Cit., p. 12.

⁵⁸⁴ KOERNER, A. *Ativismo Judicial?* Op. cit., pp.73-74. Defensores das decisões judiciais retomam argumentos elitistas, que valorizam o Judiciário como uma instância formada por homens experimentados e prudentes que teriam o papel de limitar os poderes de representantes eleitos e preservar a Constituição. Os juízes seriam uma espécie de oráculo que forneceria as referências simbólicas para a preservação da identidade nacional.

⁵⁸⁵ GRABER, Mark. A. *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*. pp. 43-44. “When a crosscutting issue divides the party elite from its mass base, officials of the dominant national coalition may improve their chances of desirable judicial outcomes merely by appointing to the Supreme Court prestigious jurists who have never indicated what judicial policies they favor. If such justices later elect to make public policies, the policies they make can be expected to reflect their elite status and values. For these reasons, judicial policymaking should normally mirror the beliefs of the presidential or elite wing of the dominant national coalition”.

⁵⁸⁶ FEREJOHN, John. *Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence*, p. 383.

⁵⁸⁷ *Idem.*,

⁵⁸⁸ HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism.*, op. Cit., p. 98. “Such an approach suggests that the expansion of judicial power through the constitutionalization of rights and the establishment of judicial review reflects appropriation of the rhetoric of social justice by threatened elites to bolster their own position in the ongoing political struggles of a specific polity”.

Consequently, the institutions of democratic governance now operate in a profoundly different environment than that in which they were founded. All of these recent developments imply profoundly more versatile electorates, and consequently, an increasing potential threat to established interests and hegemonic cultural, economic, and political worldviews.⁵⁸⁹

No Brasil, a mudança na classe política brasileira é perceptível. Segundo Leôncio Martins Rodrigues aumentou substancialmente o número de deputados originários das classes populares e da classe média assalariada, o que efetivamente contribuiu para uma democratização do nosso legislativo.⁵⁹⁰ Ou seja, nessa perspectiva de empoderamento, o judiciário brasileiro estaria sendo expandido justamente para servir como uma força de contenção da democracia, não de sua promoção.

Em linha como a perspectiva de manutenção do *status quo*, mas especificamente voltada para questões econômicas, muitos autores explicam a expansão do Poder Judiciário como parte de um projeto de atração de investimentos, na medida em que transmite para o investidor uma garantia de respeito a direitos como a propriedade privada e a regular execução de contratos. Passemos então a mais essa razão para empoderar o Judiciário.

2.4.7 Atraindo investimentos

Embora seu estudo tenha enfatizado a preservação de elites hegemônicas, Hirschl também deixa claro que outro incentivo para o empoderamento do Judiciário é transmitir a imagem de um ambiente propício aos negócios e, portanto, bom para realizar investimentos. A existência de leis prévias, um regime jurídico que garanta o fiel cumprimento dos contratos e proteja a propriedade privada são duas “pré-condições” ao desenvolvimento do capitalismo:

Another utilitarian approach—the institutional economics-derived theory of constitutional transformation—sees the development of constitutions and judicial review as mechanisms to mitigate systemic collective action concerns such as commitment, enforcement, and information problems. One such explanation sees the development of constitutions and independent judiciaries as an efficient institutional answer to the problem of “credible commitments.” Political leaders of any independent political unit want to promote sustainable longterm economic growth and encourage investment that will facilitate the prosperity of their polity. Two critical preconditions for economic development are the existence of predictable laws governing the marketplace and a legal

⁵⁸⁹ HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism.*, op. Cit., pp. 107-108.

⁵⁹⁰ RODRIGUES, Leôncio M. *Mudanças na classe política brasileira.* Op. cit., p. 165.

regime that protects capital formation and ensures property rights. The entrenchment of constitutional rights and the establishment of independent judicial monitoring of the legislative and executive branches are seen as ways of increasing a given regime's credibility and enhancing the ability of its bureaucracy to enforce contracts, thereby securing investors' trust and enhancing their incentive to invest, innovate, and develop.

Indeed, as Max Weber noted, the fundamental building-block of every successful capitalist market is a secure "predictability interest." (...) More recent empirical studies have established a statistical link between the existence of institutional limitations on government action (rigid constitutional provisions and judicial review, for example) and fast economic growth.⁵⁹¹

Nesse sentido, um regime constitucional que institucionalize um judiciário suficientemente independente para realizar isso tem sido empiricamente associado com desenvolvimento econômico e com elites econômicas que, beneficiadas por esse desenvolvimento, apoiam esse empoderamento.⁵⁹²

Portanto, quando um regime político constitucionaliza direitos e empodera um Judiciário independente, ele pode estar fazendo isso como um pré-compromisso, sinalizando para os investidores que o seu país respeita contratos e a propriedade privada. Esse é o mesmo raciocínio que informa o empoderamento de Bancos Centrais independentes: transmitir credibilidade e previsibilidade para atrair investimentos que se transformem em desenvolvimento. É exatamente o caso da Suprema Corte Egípcia.

No Egito, a Suprema Corte foi uma instituição criada e estimulada por um regime autoritário, com o propósito de demonstrar para o mundo, em especial para investidores, que o Egito era um Estado de Direito que respeitava os contratos. O interessante do caso egípcio é demonstrar que a interação entre instituições em um Estado autoritário guarda razoável semelhança com a interação existente em democracias. Depois de discorrer sobre a relação da SCC com a ditadura egípcia, Moustafa nota exatamente esse paralelo.⁵⁹³

⁵⁹¹ HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*, op. Cit., p. 83.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 127. As in all of other countries I discuss in this paper, calls for the adoption of an American-style constitutional catalogue of protected civil liberties in Canada were strongly supported by influential coalitions of neoliberal economic forces (mainly powerful domestic industrialists and American economic conglomerates) who viewed the constitutionalization of rights as a means to promote economic deregulation and to fight what its members understood to be harmful "large-government" policies of the encroaching state (Bakan 1997; Mandel 1994; Hutchinson and Petter 1988; Fudge 1988).

⁵⁹³ MOUSTAFA, Tamir. *The struggle for constitutional power: law, politics, and economic development in Egypt*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 126. "Interestingly, Mark Graber notes exactly the same dynamic in his study of U.S. politics. Graber observes that "[t]he aim of legislative deference to the judiciary is for the courts to make controversial policies that political elites approve of but cannot publicly champion, and to do so in such a way that these elites are not held accountable by the general public, or at least not as accountable as they would be had they personally voted for that policy." The striking similarity between legislative-judicial dynamics in the United States and Egypt indicates once again that one should not automatically assume that judicial politics in democratic and authoritarian states are fundamentally different. In many cases, the interests and strategies of legislators and judges are indistinguishable across regime type".

Tamir Moustafa começa o seu livro *“The Struggle for Constitutional Power: Law, Politics, and Economic Development in Egypt”* se perguntando porque um regime autoritário consolidado, que exerce influência em todas as facetas da vida política e associativa, teria interesse em criar uma corte constitucional independente com o poder de controlar a constitucionalidade das leis? Segundo ele, essa é a pergunta mais interessante do constitucionalismo egípcio.⁵⁹⁴ Em uma palavra, a Judicialização foi pensada como parte de uma nova infraestrutura econômica para retirar o país da falta total de investimentos e da fuga de capital, que impediam o desenvolvimento e mantinha a nação em um estado constante de crise econômica.⁵⁹⁵

Como demonstra Moustafa, o marco zero do desenvolvimento institucional dessa nova sistemática de controle de constitucionalidade⁵⁹⁶ no país não teve nenhuma relação com os direitos fundamentais – salvo o direito fundamental à propriedade privada - ou com a proteção de minorias alijadas do processo político. Quando criada em 29 de agosto de 1979, a Suprema Corte Constitucional (SCC) egípcia tinha um propósito claro: *“It [the establishment of the SCC] was intended by Sadat to keep the foreign investor at ease. The foreign investor needed to be sure that he could come and go as he pleased.”*⁵⁹⁷

Uma série de mecanismos institucionais foi desenvolvida para garantir, procedimentalmente, a relativa independência desse Tribunal. O processo de nomeação era virtualmente blindado de interferências do executivo: novos juízes são escolhidos pelo Presidente da República a partir de uma lista de apenas dois candidatos, um escolhido pelo plenário da própria Corte, e o outro escolhido pelo Presidente da Corte; apesar do Presidente da República possuir formalmente o poder de nomear o presidente da Corte, construiu-se um costume constitucional de nomeação do mais velho membro do SCC.

Além da blindagem na nomeação, a Corte foi blindada enquanto instituição, mantendo controle total sobre seu orçamento e sobre sua gestão administrativa. Quanto à independência dos juízes, eles passaram a ser irremovíveis até a aposentadoria compulsória aos 64 anos e, por fim, a possibilidade de cooptação com ofertas altamente lucrativas de consultoria jurídica em troca de favorecimento em casos sensíveis ao

⁵⁹⁴ MOUSTAFA, Tamir. *The struggle for constitutional power: law, politics, and economic development in Egypt*, op. Cit., p. 1.

⁵⁹⁵ Ibid., pp. 58-66.

⁵⁹⁶ Ibid. pp. 65-66. O autor explica que antes do “massacre do judiciário” em 1969, perpetrado pelo então ditador Nasser, havia um sistema chamado de abstention control “in which each individual court practiced constitutional interpretation and periodically abstained from enforcing laws that were deemed to violate articles of the Constitution”. Esse modelo difuso foi então substituído por um controle concentrado feito por uma Suprema Corte nova, dominada pelo Executivo.

⁵⁹⁷ Ibid., pp. 77-78.

governo foi vedada pelo artigo 13 da Lei, que apenas permite aos juízes participarem de projetos relacionados a organizações internacionais ou estados estrangeiros, ou relacionados a questões científicas.⁵⁹⁸ Tão importante quanto essas blindagens institucionais foi a gradual expansão da autonomia das Cortes que submetiam os casos à SCC.

E a SCC realizou de forma fiel a sua missão: em 1981, declarou a inconstitucionalidade de duas leis relacionadas às expropriações feitas pelo governo, a lei 150/1964 (que havia sido o mecanismo jurídico para a expropriação de propriedades privadas) e a lei 69/1974 (que reverteu as referidas expropriações e ao mesmo tempo limitou a um tanto as compensações que poderiam ser pagas). A declaração em 1981 da inconstitucionalidade de uma lei de 1964 que já havia sido esvaziada em 1974 não tinha efeito prático nenhum, a não ser no contexto de demonstrar simbolicamente o comprometimento com o respeito pela propriedade privada. Quanto à lei que limitava as compensações, embora a SCC tenha declarado a sua inconstitucionalidade e aparentemente gerado um desgaste com o governo, meses depois, em face do descumprimento dessa decisão por parte dos tribunais inferiores, a SCC não interveio, alegando que a sua função era apenas a de resolver a questão constitucional.

Essas duas decisões de inconstitucionalidade que tiveram pouco ou nenhum impacto no mundo real – as expropriações já tinham sido revertidas por lei e as compensações continuavam sendo limitadas pelo judiciário de 1ª instância – serviram exatamente ao que Sadat esperava quando criou a SCC: criar uma fachada de respeito ao direito e à legalidade, sem comprometer de forma substancial recursos ou propósitos do governo. A SCC se capitalizava e se desenvolvia institucionalmente cumprindo a sua missão vislumbrada pelo regime ditatorial.

Nem todos os exemplos subsequentes conseguiram alcançar esse duplo efeito de promover o respeito à propriedade privada gerando impactos mínimos para o governo. Muitas invalidações posteriores atingiram diretamente o executivo, derrubando normas que impediam que indivíduos contestassem o valor de compensações decorrentes da nacionalização da indústria, normas que confiscaram terras no governo Nasser, e entendendo inconstitucionais várias limitações a compensações decorrentes de

⁵⁹⁸ MOUSTAFA, Tamir. *The struggle for constitutional power: law, politics, and economic development in Egypt*, op. Cit., p. 79.

nacionalização de propriedades.⁵⁹⁹ Contudo, essa atuação restaurando a importância da propriedade privada, limitando o poder estatal de expropriar investimentos privados e diminuindo a percepção de riscos para os estrangeiros já era esperada pelo próprio executivo. Nas palavras de Moustafa: “*these rulings went in the same direction as government efforts to reverse the nationalization and sequestration measures.*”⁶⁰⁰

Em suma, a SCC teve um enorme ganho institucional ao ser creditada como uma das responsáveis pelo retorno dos investimentos estrangeiros.

Esse aspecto de atrair investimentos é fundamental para compreender também o empoderamento do Judiciário em democracias recentes como as do leste europeu⁶⁰¹ e as latino-americanas, que, além de questões políticas sensíveis, fizeram a transição para a democracia em ambientes com problemas sócio-econômicos graves.⁶⁰²

O importante é a percepção de muitos estudos de ciência política e principalmente de economia que sugerem que o capitalismo mundial busca ambientes regulatórios relativamente homogêneos, para poder transitar e se realocar com mais facilidade. A expansão global do Judiciário seria, portanto, parte desse processo de desenvolvimento de um mercado econômico mundial.⁶⁰³ O transconstitucionalismo seria, de certa forma, parte de um projeto do liberalismo transnacional:

⁵⁹⁹ MOUSTAFA, Tamir. *The struggle for constitutional power: law, politics, and economic development in Egypt*, op. Cit, pp. 92-93. “The SCC made further moves in the same direction in April 1983, with rulings on three laws issued between 1961 and 1963 concerning the nationalization of industry. The contested articles denied citizens the ability to challenge the value of compensation for nationalization, even though valuations were made by committees that were political and not judicial in nature. The Court ruled that these provisions violated article 68 of the Constitution... On June 25, 1983, the SCC declared land confiscations from the Nasser era to be unconstitutional. Law 104/1964, which had denied compensation for land reform measures in 1952 and 1961, was ruled to be in conflict with articles 34 and 36 of the Constitution. Another landmark ruling was issued in March 1985 on decree law 134/1964, which had placed caps on compensations up to £E 15,000 for the nationalizations of property under laws 117, 118, and 119 of 1961. The Court declared that the decree law was in violation of articles 34, 36, and 37 of the Constitution providing for the protection of private property”.

⁶⁰⁰ Ibid.. p. 93.

⁶⁰¹ HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*, op. cit., p. 95. New democracies (such as those in the former Eastern Bloc) that rely heavily on foreign aid and investment are likely to bow to pressure from leading western democracies, economic corporations, or transnational governing bodies to promote the rule of law by emulating the constitutional fundamentals of western democracies. Ver também. SCHWARTZ, Herman. *The struggle for constitutional justice in post-communist Europe*. Chicago: The university Press, 2002.

⁶⁰² NUNES, Rodrigo M. “Politics without Insurance: Democratic Competition and Judicial Reform in Brazil.” *Comparative Politics*. Abril 2010. ver também KAPISZEWSKI, Diana. *Economic Governance on Trial: High Courts and Elected Leaders in Argentina and Brazil*, *Latin American Politics and Society*. 55:4. 2013. pp. 47-73.

⁶⁰³ HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*, op. cit., p. 94. Under specific circumstances, international political economy factors may also push domestic economic elites to advocate constitutionalization as a means of placing economic liberties and rules allowing for free movement of transnational capital beyond the reach of majoritarian control. For example, protection of the economic sphere through the constitutionalization of mobility, property, occupational and trade rights, as well as the

As Stephen Gill observes, [n]ew constitutionalism is a macro-political dimension of the process whereby the nature and purpose of the public sphere in the OECD has been redefined in a more privatized and commodified way [It] can be defined as the political project of attempting to make transnational liberalism, and if possible liberal democratic capitalism, the sole model for future development. It is therefore intimately related to the rise of market civilization.⁶⁰⁴

As diversas razões que enfatizamos até o momento explicam o empoderamento do Judiciário por uma perspectiva empírica. Elas, com exceção da posição *ex post facto* e varejista do Judiciário, não costumam ser enfatizadas pelas teorias normativas. Omissão que se explica como parte do esforço já mencionado do direito de se manter distinto da política. No próximo item, nosso objetivo é voltar às explicações tradicionais do direito constitucional que justificam o empoderamento do Judiciário.

Afinal, ainda que sozinhas essas explicações sejam insuficientes para explicar a judicialização mundial crescente, elas certamente compõem o espectro de justificativas, na medida em que a reiteração da própria comunidade jurídica, dos discursos políticos, e o genuíno compromisso das pessoas, contribuem para o surgimento de um consenso nos países ocidentais e em grande parte do mundo acerca da necessidade de garantir um mínimo de direitos para todos os seres humanos. Direitos esses que ficam, portanto, subtraídos do comércio político do dia-a-dia ao serem constitucionalizados. Essas explicações serão o foco do nosso próximo item.

2.4.8 O judiciário no constitucionalismo contemporâneo: as justificações normativas para o empoderamento do judiciário.

O constitucionalismo contemporâneo identifica, em última análise, o Judiciário como o *locus* de efetivação dos direitos constitucionais. Pressupõe o poder constituinte como juridicamente superior à política cotidiana, e dele extrai a superioridade normativa⁶⁰⁵ e valorativa da Constituição, assegurada pela jurisdição constitucional.⁶⁰⁶

establishment of independent judiciaries that function as checks on (often “unpredictable”) domestic politics and (often “arbitrary”) state action, have long been viewed by transnational economic bodies such as the World Bank, the World Trade Organization, and the International Monetary Fund as primary indicators of successful markets and sustained economic growth.

⁶⁰⁴ HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*, op. cit., p. 95.

⁶⁰⁵ Uma das primeiras e mais conhecidas sustentações da superioridade normativa foi formulada em *Marbury v. Madison*, com o voto de Marshall.

⁶⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p. 85. “a supremacia da Constituição é o postulado sobre o qual se assenta o próprio direito constitucional

Ainda que respeite o processo deliberativo ordinário da política, de forma mais ou menos acentuada dependendo da perspectiva, o constitucionalismo contemporâneo deposita grande parte da sua fé no Judiciário, como veículo fundamental da conversão das insinceridades constitucionais em direitos efetivamente tutelados.⁶⁰⁷ O Judiciário visto como um verdadeiro agente civilizador. Barroso demonstra a confiança depositada no Judiciário da seguinte forma:

No ambiente da democracia deliberativa, a Constituição deve conter – e juízes e tribunais devem implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade.⁶⁰⁸

Em sociedades cuja missão do Judiciário é tão grande quanto realizar a justiça, a liberdade e a igualdade, é natural que esse poder seja bastante empoderado. Essa expansão do poder do Poder Judiciário com base na sua missão de guardião da Constituição e de promotor dos direitos fundamentais, ainda que soe muitas vezes ingênua, não pode ser subestimada. Como Hirschl reconhece, citando Dworkin, todas as democracias maduras do mundo “*subscribe to the view that democracy must protect itself against the tyranny of majority rule through constitutionalization and judicial review.*”⁶⁰⁹ Ainda segundo Hirschl, essa tendência global seria reforçada “*by an almost unequivocal endorsement of the notion of constitutionalism and judicial review by scholars, jurists, and activists alike.*”⁶¹⁰ Nem os países com forte influência do modelo britânico – que privilegiam a soberania do parlamento sobre a soberania da Constituição – teriam resistido a essa onda de expansão de direitos fundamentais e da sua proteção pelo Judiciário.⁶¹¹

contemporâneo, (...) Decorre ela de fundamentos históricos, lógicos e dogmáticos, que se extraem de diversos elementos, dentre os quais a posição de preeminência do poder constituinte sobre o poder constituído, a rigidez constitucional, o conteúdo material das normas que contém e sua vocação de permanência. A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as demais normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição.”

⁶⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p. 263 “O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.”

⁶⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit., p. 92.

⁶⁰⁹ HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism.*, op. cit., pp. 71-72.

⁶¹⁰ Idem.

⁶¹¹ Idem.

Nessa perspectiva teórica, muitas vertentes se propõem a explicar o empoderamento do Judiciário. Algumas, por exemplo, enfatizam o desenvolvimento sócio-econômico mundial, e as demandas crescentes de participação e de direitos decorrentes desse desenvolvimento, chamada por Hirschl de “*democratic proliferation thesis*”.⁶¹²

Outras enfatizam os limites necessários ao princípio do governo da maioria, com base no aspecto histórico do processo, ressaltando o trauma da 2ª Guerra Mundial e dos regimes totalitários e ditatoriais que chegaram ao poder com amplo apoio majoritário na Alemanha e na Itália. Desse processo, teria surgido o consenso em torno da constitucionalização e da expansão do poder judiciário como resposta às atrocidades desse período. Três fundamentos teóricos sustentam esse empoderamento. A noção de pré-compromisso⁶¹³ (que fundamenta a superioridade do Poder Constituinte, e, portanto, em última análise, a Constituição e o poder judiciário), de veto às majorias e de guarda da Constituição (que justifica o controle de constitucionalidade), e de genuíno compromisso com uma visão elevada de promoção dos direitos humanos.⁶¹⁴ Quanto ao pré-compromisso, a ideia seria a seguinte: as pessoas, conscientes das atrocidades que um regime puramente majoritário pode cometer (o exemplo mais notório seria o nazi-facismo) limitam o seu poder decisório, ou seja, limitam a democracia pura, “*dos perigos e tentações que possam abalá-lo no futuro.*”⁶¹⁵ Rawls dá um embasamento teórico filosófico para essa proposta a partir de um hipotético estado de ignorância em que as pessoas, sem saberem seu sexo, religião, situação financeira, ou talentos genéticos, etc., ou seja, sem saberem se serão parte de uma maioria ou minoria, preferem que as majorias não

⁶¹² HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism.*, op. cit., . p. 81. “Like the “democratic proliferation” thesis, both the “constitutionalization in the wake of World War II” thesis and its corresponding “constitutionalization as precommitment”...”

⁶¹³ ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens – studies in rationality and irrationality.* Great Britain: Cambridge University Press, 1979.

⁶¹⁴ HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*, op. Cit., p. 72. “What are the political origins of the sweeping convergence to constitutionalism and judicial review? The constitutionalization of rights and the corresponding establishment of judicial review are widely perceived as power-diffusing measures commonly associated with liberal or egalitarian values. As a result, studies of the political origins of the worldwide convergence to constitutionalism tend to portray it as the reflection of modern democracies’ post-World War II coming to terms with, and deep commitment to, a “thick” notion of democracy (i.e. the notion that democracy has more to it than a mere adherence to the principle of majority rule), as a result of progressive social change or liberalizing political transformation, or simply as a reflection of their political leaders’ benevolent devotion to an elevated vision of human rights. Unfortunately, however, most of the assumptions regarding the predominantly benign and progressive origins of constitutionalization remain for the most part untested and abstract.”

⁶¹⁵ ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens – studies in rationality and irrationality.* Great Britain: Cambridge University Press, 1979.

tenham o poder de oprimir as minorias, privilegiando o *rule of law* à democracia puramente majoritária, como enfatiza Ferejohn.⁶¹⁶

A forma encontrada para realizar essa autovinculação seria a criação de uma instituição independente com a função de guardar a Constituição exercendo esse poder de veto à vontade da maioria. A instituição seria o judiciário e os parâmetros seriam os direitos fundamentais e os “*procedimentos destinados a impedir a opressão das minorias pelas maiorias*”,⁶¹⁷ ou seja, a Constituição. Dworkin parte do modelo de Rawls e afirma que o Judiciário deverá ser o *locus* adequado para concretizar a igualdade de consideração e respeito devida a todos os cidadãos.⁶¹⁸

Outra razão para justificar o Judiciário é enfatizada por Alexy,⁶¹⁹ e consiste na promoção de um espaço deliberativo responsável por processar argumentativamente as demandas populares, testando seus limites a partir da razão pública e da Constituição.

A Teoria Constitucional, portanto, explica a expansão do poder do Poder Judiciário a partir das ideias de pré-compromisso, de veto às maiorias, e de um consenso mundial em torno do compromisso com a dignidade da pessoa humana.⁶²⁰

Quanto ao veto às maiorias, esse é talvez o grande ponto de convergência entre a teoria constitucional e a prática constitucional. Tanto na teoria quanto na prática o judiciário atua como um ponto de veto às maiorias. Em geral, contudo, as minorias

⁶¹⁶ Analytically, (...) judicial independence can be seen as facilitating the provision of a certain kind of public or collective good. In the case of each value, the collective good takes the form of creating a capacity of the political system to commit to a future course of action – that is, to commit not to interfere with judicial decisions, no matter what their content. Independent judging makes it possible that substantive rules adopted now will be reliably upheld in the future, even in the face of strong temptations to do otherwise. This commitment capacity is valuable to all of us, but it is fragile and difficult to create and sustain. All of us, in advance of knowing whether we will be among the weak or strong, have an interest in securing the kind of procedural fairness provided by the rule of law. Each of us wants to be able to make plans for living our lives secure in the knowledge of what the law is and how it may affect us. It would be better, of course, if we could secure for ourselves an unfair legal advantage, but the vagaries of fortune make such self-serving behavior intolerably risky. The rule of law, then, from each of our own viewpoints – behind a Rawlsian veil of ignorance – is an attractive second best alternative, and maintaining it requires that judges have the independence to assure legal stability. FERREJOHN, J. Independent Judges, Dependent Judiciary, op. cit., p. 367.

⁶¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Op. cit p. 121. “O povo, ao elaborar a Constituição, impõe a si mesmo e ao seu poder soberano limitações que resguardem o processo político democrático dos perigo e tentações que possam abalá-lo no futuro. Por esse motivo se protegem os direitos fundamentais e se impõem procedimentos destinados a impedir a opressão das minorias pelas maiorias.”

⁶¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶¹⁹ ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

⁶²⁰ HIRSCHL, R. The Political Origins of the New Constitutionalism, op. cit., p. 81. “the constitutionalization as pre-commitment argument is based on a set of hypothetical and speculative presuppositions concerning the origins of constitutions and judicial review that at the very best provide an ex post facto normative justification for their adoption”.

protegidas na prática constitucional são diametralmente opostas às minorias que a teoria constitucional supõe que o judiciário tutele. Quando propõe que os direitos fundamentais e um Judiciário independente sirvam de veto à “tirania da maioria”, a teoria constitucional tem em mente os judeus da Alemanha nazista; não os Judeus askhenazi que compõe a elite em Israel. Quando a intolerância ao racismo é defendida pela teoria constitucional ela está pensando nos negros americanos oprimidos, não nos brancos sul-africanos historicamente opressores. Quando os teóricos defensores do *judicial review* temiam as maiorias incontroláveis na formação do Estado americano, seu medo real era a agenda majoritária de reforma agrária e distribuição igualitária de terras, não um regime totalitário abstrato e hipotético.

O conceito de minoria é manipulado entre a teoria e a prática, para perpetuar a dominação político-econômica de minorias no sentido numérico quantitativo, enquanto se difunde em tese como defesa de minorias qualitativas. Essa é a percepção que decorre das razões para expansão do Judiciário: seja preservando elites hegemônicas, fazendo seguros, mantendo o *status quo*, sustentando um ambiente propício para investimentos, ou mesmo servindo como bode expiatório em questões divisivas, o Judiciário em geral está a serviço de minorias quantitativas que são poderosas em termos qualitativos, bem organizadas, e desproporcionalmente influentes no processo político.⁶²¹

Apesar das críticas, nem tudo pode ser apenas ceticismo. Seria uma injustiça com as muitas pessoas por todo o mundo que acreditam no potencial emancipatório do Direito, reduzir esse processo de constitucionalização e promoção de direitos fundamentais ao mero pragmatismo de elites políticas. Mesmo Hirschl, um dos principais questionadores dessa perspectiva, reconhece, talvez sem perceber, que parte do empoderamento do

⁶²¹ “Mainstream constitutional politics scholarship often portrays the expansion of judicial power through judicial review as analogous to the foundational separation of powers between executive, legislative and judiciary in its tendency to diffuse power and add veto points (Weaver and Rockman 1993, 26, 31, 105; Tsebelis 1995). The conventional argument is that by increasing “access” points for special interest groups, judicial review performs a checking or blocking function. According to this argument, independent courts, especially those armed with judicial review, “facilitate the political representation of [diffuse but] well-organized minorities, giving them the opportunities to participate in the policy process on a day-to-day basis that are not generally available in parliamentary systems”(Weaver and Rockman 1993, 266). Most comparativists agree, therefore, that constitutional bills of rights and judicial review establish an indispensable guarantee against the tyranny of the majority by providing codified protections of human rights and civil liberties (Abraham 1997; Lane 1996; Davenport 1996; Stepan and Skatch 1993; Elster and Slagstad 1988). The basic assumption here is that the existence of judicial review permits policymakers less room to maneuver and thus may limit the power of majorities in legislatures vis-a-vis the policy preferences of peripheral groups. A common academic view of judicial empowerment through the constitutionalization of rights understands it as either a constraint on the policy preferences of majorities due to political pressure by well-organized minority groups or as a by-product of the creation of fair consociational constitutional arrangements as political leaders benignly attempt to prevent the disintegration of their polities.” HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*, op. cit., 78.

Judiciário ou de organismos comprometidos com os direitos humanos pode decorrer de um genuíno pré-compromisso contra o abuso de direitos pela “tirania das maiorias”:

Along the same lines, other works suggest that in newly established democracies in post-World War II Europe, governments committed to international human rights regimes (the European Court of Human Rights, for example) as a means of “locking-in” fundamental democratic practices in order to protect against future antidemocratic threats to domestic governance. Governments resorted to this tactic when the benefits of reducing future political uncertainty outweighed the “sovereignty costs” associated with membership in such supranational human rights enforcement mechanisms. The same logic may explain the voluntary incorporation of major international treaties and covenants protecting fundamental human rights and civil liberties into embattled democracies’ constitutional law (as happened in Argentina in 1994);⁶²²

Na mesma linha, Ferejohn salienta, em tom distinto do adotado por esse trabalho, que os juízes permanecem independentes mesmo que os ricos e poderosos frequentemente percam nessa arena.⁶²³

Em suma, ainda que o compromisso com direitos humanos e com a promoção da dignidade humana não esteja na origem da expansão do poder judicial, ela certamente aflorou e se desenvolveu como uma motivação própria para esse empoderamento. Portanto, mesmo tendo sido um subproduto de outras razões, já se pode dizer que um genuíno compromisso com a proteção e expansão dos direitos humanos informa pelo menos em parte o empoderamento do judiciário. A expansão do poder judicial atualmente não pode ser reduzida ao mero pragmatismo de elites políticas.

Nessa linha, há que se enfatizar a questão da proteção de “minorias insulares” sub-representadas no processo majoritário, cuja formulação teórica se originou no rodapé nº 4 da decisão *United States v. Carole Products Company*.⁶²⁴ Apesar da manipulação do conceito de minoria a qual fizemos referência, há um espaço de promoção da democracia que é preenchido pelo Judiciário, ou melhor, que pode ser. Esse potencial é reconhecido por Graber: “*As much political science scholarship recognizes, when marginal groups lack the political resources necessary to forge a dominant national coalition, they may use litigation as their primary means of achieving political goals,*”⁶²⁵ De fato, um exemplo ilustrativo é apresentado por Jeb Barnes:

⁶²² HIRSCHL, R. *The Political Origins of the New Constitutionalism*, op. Cit., p. 92.

⁶²³ FERREJOHN, John. *Independent Judges, Dependent Judiciary*. Op. cit., p. 357. But [the independence of the judiciary] is puzzling, given the unpopularity of many judicial decisions and the frequency with which wealthy and powerful groups lose in such decisions.

⁶²⁴ 304 U.S. 144 (1938).

⁶²⁵ GRABER, Mark. A. *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*. Op. cit. p.41.

In the 1960s and 1970s, for example, shocking stories emerged about overcrowding, squalor, and violence in American prisons, especially in the South. Not surprisingly, state and federal elected officials were slow to champion the rights of convicted criminals. Fortunately, prisoners and their advocates could turn to federal judges, who were free from electoral constraints and willing to tackle politically sensitive issues. As a result, instead of acquiescing to an appalling status quo, they constructed novel legal theories to take over prisons and implement much-needed reform.⁶²⁶

Os presidiários são o grupo marginalizado por excelência. Sua inserção na política majoritária é inexistente. Por isso, a resposta dos poderes eleitos foi igualmente irrelevante. Foram os juízes federais que acabaram resolvendo.

A possibilidade de atuação do Judiciário como espaço de representação das minorias é a principal razão para o seu empoderamento de acordo com a Teoria Constitucional. A melhor definição dessa perspectiva foi dada pelo voto do *Justice Stone* da Suprema Corte americana em *Carolene Products v. United States*, naquela que é considerada a mais famosa nota de rodapé do direito constitucional.⁶²⁷ Nessa decisão de 1938 se definiu que em regra o judiciário deveria adotar uma postura deferente perante o legislativo, salvo em três situações específicas: (i) leis claramente inconstitucionais; (ii) leis que interferiam com o processo político; e (iii) leis que fossem prejudiciais a minorias impopulares.

E esse norte decisório guiou a Suprema Corte americana até o final da década de 60, tendo a Corte de Warren representado o auge dessa atuação que protegeu comunistas, ateus, negros, réus criminais e muitos outros grupos durante o período.⁶²⁸ Segundo Friedman,⁶²⁹ justamente esse período histórico de proteção a minorias fez com que a esquerda-liberal americana, e os democratas em geral, passassem a ver a Suprema Corte com um novo olhar. Se até então esses grupos costumavam ver o Judiciário como uma força conservadora, antagonizando um legislativo mais democrático, a partir da Corte de Warren começaram a conceber a atuação do Judiciário como compatível com a democracia, nessa posição de reforço dos aspectos procedimentais da democracia, por um lado, e na proteção substancial de minorias completamente excluídas do processo político

⁶²⁶ BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, Pluralism, and Contemporary Court-Congress relations*. Op. cit., p. 41.

⁶²⁷ LINZER, Peter. The *Carolene Products* footnote and the preferred position of individual rights: *Louis Lusky and John Hart Ely vs. Harlan Fiske Stone*. *Constitutional Commentary*.12.2. Verão 1995. p. 277.

⁶²⁸ Em verdade, embora o rodapé tenha sido escrito em uma decisão de 1938, a atuação pró minorias costuma ser vista apenas a partir do início da Corte de Warren, na década de 1950. Antes disso a Suprema Corte Americana proferiu decisões como *Korematsu*, que embora se expliquem pelo contexto da 2ª guerra, são a antítese da proteção a minorias.

⁶²⁹ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

por outro. Embora esse apoio por parte dos liberais-democratas venha sofrendo um enorme refluxo nas últimas décadas nos EUA, em grande parte pelo Judiciário ter voltado a ser uma força conservadora vis-à-vis um legislativo em geral mais a esquerda, o legado da Corte de Warren ficou marcado nos corações e, principalmente, na defesa feita por parte desses pensadores e políticos de esquerda que ainda sustentam posições de primazia do judiciário, dentre os quais podemos citar Dworkin e John Hart Ely.⁶³⁰

Tanto que foi a partir dessa perspectiva – antes teórica, mas agora também prática – de proteção de minorias alijadas do processo político que o mundo reagiu ao nazi-facismo com a constitucionalização de direitos e com a criação de tribunais constitucionais fortes na Europa primeiro, e depois na América Latina. Como legado desse período de atuação da Suprema Corte os principais constitucionalistas e teóricos do mundo acreditavam que com tribunais fortes que atuassem como a Corte de Warren, os judeus não teriam sido perseguidos na Alemanha, e as ditaduras não teriam matado e torturado nem na península ibérica, nem na América Latina.

Esse ideal normativo é tão difundido que muitos juízes de Cortes Constitucionais atuam buscando, pelo menos em alguma medida, satisfazer essa razão para o seu empoderamento. Há exemplos que vão desde a Alemanha até o Egito, passando pela Costa Rica, pela Colômbia e também e principalmente, pelo Brasil. Em todos esses países, as minorias tuteladas pelo Judiciário passaram a compor o bloco de sustentação difusa da independência do Judiciário, criando um ciclo virtuoso de empoderamento das Cortes.

Há muitos bons exemplos dessa utilização do Judiciário “*as an alternative policy-making venue*”.⁶³¹ A Costa Rica, cujo modelo de acesso à Corte Constitucional permite que virtualmente qualquer pessoa peticione perante ela, é um exemplo excepcional de como o Judiciário pode ser empoderado para tutelar minorias e cooperar na estruturação de uma sociedade mais plural e dinâmica.⁶³²

Especificamente em relação a esse país, uma estrutura institucional favorável da Corte Constitucional do País, conhecida como “Sala IV”,⁶³³ permitiu que grupos

⁶³⁰ ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Fourteenth printing. Cambridge: Harvard University Press, 2002. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶³¹ KAPISZEWSKI, Diana. TAYLOR, Matthew. “Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America”. *Perspectives on Politics*. V. 6, nº 4. Dezembro de 2008. p. 744.

⁶³² WILSON, Bruce. CORDERO, Juan Carlos. Legal Opportunity Structures and Social Movements: The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics. *Comparative Political Studies*. Volume 39, nº 3, Abril 2006. pp. 325-351.

⁶³³ *Ibid.*, p. 326. “When the constitutional chamber of the Costa Rican Supreme Court (Sala IV) was formed in 1989...”

marginalizados como, por exemplo, os homossexuais, os portadores do vírus HIV e os trabalhadores sindicalizados pudessem ter amplo acesso aos seus direitos constitucionais.

Com eleições regulares e consideradas limpas desde 1953, a Costa Rica é um país em que dois partidos dominam o cenário majoritário, o presidente é considerado um dos mais fracos da América latina, e há um “Tribunal Supremo de Elecciones” considerado um “quase quarto poder”. Nesse cenário, a Suprema Corte costa-riquenha sempre foi um ator pouco relevante. Procedimentos complexos para chegar ao tribunal, supermaiorias para declarar a inconstitucionalidade, e a cultura do “*civil law*”⁶³⁴ contribuía ainda mais para uma atuação discreta e no geral irrelevante da Corte no cenário político,⁶³⁵ sem que se tenha notícia de nenhuma decisão relevante a favor de minorias até a reforma constitucional.⁶³⁶

A reforma de 1989, a primeira desde 1949, incluiu uma “Turma” na Suprema Corte com sete membros especializada em questões constitucionais, batizada de “Sala IV”. A “*Ley de la Jurisdicción Constitucional*” modificou profundamente os procedimentos de acesso à Suprema Corte, com destaque para a desnecessidade de advogado ou conhecimento jurídico sobre a causa,⁶³⁷ além da possibilidade de peticionar em qualquer língua. Essa simplificação e diminuição dos custos, além de uma atuação extremamente ativista fizeram os casos perante a Suprema Corte saltarem de 2.296 em 1990 para 13.000 em 2003. Nesse novo contexto, muitas minorias encontraram no Judiciário o caminho para viabilizar o reconhecimento dos seus direitos.

Três grupos ilustram essa mudança de paradigma. Os homossexuais, os portadores do vírus HIV, e os sindicatos de trabalhadores.

Quanto aos dois primeiros, o preconceito na sociedade atinge índices elevadíssimos e não é velado. Em 1999, 83,4% da população desaprovava de forma veemente a “homossexualidade”, o que explica porque o então Presidente da Costa Rica não teve maiores dúvidas em lutar publicamente pelo cancelamento de um festival gay que seria realizado no país naquele ano.⁶³⁸ Quanto aos portadores do vírus HIV, embora não seja correto afirmar que se trata de uma “doença gay”, grande parte da população latino-

⁶³⁴ WILSON, Bruce. CORDERO, Juan Carlos. Legal Opportunity Structures and Social Movements: The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics, op. Cit., , p. 329/330. A cultura do “*civil law*” está em geral associada à concepção tradicional francesa de separação rígida de poderes, que reservava ao juiz apenas “dizer”, mecanicamente, o direito pré-definido, em absoluta deferência ao legislador.

⁶³⁵ Idem.

⁶³⁶ Ibid., p. 331.

⁶³⁷ Exceto para situações em que o pedido seja a inconstitucionalidade. Ibid.. p. 332.

⁶³⁸ Ibid., p. 335.

americana faz essa associação. E as pessoas que não a fazem, ainda assim associam o HIV a outros comportamentos estigmatizados (promiscuidade ou utilização de drogas injetáveis). Nesse contexto, tanto os homossexuais quanto os portadores do vírus HIV preferem muitas vezes morrer⁶³⁹ a serem apresentados para a sociedade como integrantes dessas minorias, o que torna a organização de associações, ONGs ou quaisquer outros grupos da sociedade civil quase impossível. Some-se a isso a enorme rejeição da população a esses grupos, e a política majoritária não apenas deixa de se mobilizar por esses grupos, mas atua obstaculizando seus interesses, impedindo o registro dos pequenos grupos e até negando medicamentos.⁶⁴⁰

Mesmo em tal quadro, a Suprema Corte da Costa Rica, equilibrando decisões favoráveis a esses grupos e outras contrárias,⁶⁴¹ foi capaz de avançar o seu reconhecimento e senso de participação, sem agredir de forma irreversível o *status quo*. Alguns casos representativos a favor dessas minorias incluem (i) a condenação de abusos policiais em um bar gay, com a consequente exigência de treinamento específico para a polícia lidar com essa minoria, o que reduziu sensivelmente os abusos policiais; (ii) a decisão assegurando o direito a realização de um festival gay no país; (iii) examinando a questão do casamento homossexual; e (iv) especificamente para os portadores de HIV, condenando o Estado a fornecer medicamentos.⁶⁴²

O movimento sindical costa-riquenho igualmente se beneficiou do empoderamento da Suprema Corte. No regime anterior, os sindicatos eram desprestigiados e constantemente enfraquecidos, com apenas 7% dos trabalhadores da iniciativa privada sindicalizados.⁶⁴³ Tanto o direito de greve quanto a proteção às lideranças sindicais eram constantemente ignorados pelo governo. Depois da criação da “Sala IV”, as organizações sindicais desistiram de tentar modificar o Código Trabalhista pela via legislativa, e se

⁶³⁹ “According to a Tico Times editorial (“Editorial,” 1997), many AIDS patients refused to acknowledge publicly their medical condition as it ‘would push them into the spotlight. Given the choice of death or admitting they had AIDS, time and time again, they chose death.’” WILSON, B. CORDERO, J. Legal Opportunity... p. 338.

⁶⁴⁰ WILSON, Bruce. CORDERO, Juan Carlos. Legal Opportunity Structures and Social Movements: The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics, op. Cit., pp. 336-337.

⁶⁴¹ As principais decisões contrárias aos homossexuais envolveram instituições com amplo apoio difuso na sociedade: a igreja e escolas, e, nesse sentido, poderiam gerar um “backlash” que seria ainda mais prejudicial aos homossexuais. Sem analisar a aderência ao direito e aos precedentes, essa circunstância pode ser parte da explicação dessas decisões da Suprema Corte. WILSON, B. CORDERO, J. Legal Opportunity... p. 335. Além disso, mesmo atualmente as demandas de Soropositivos por serem reintegrados no seu trabalho tem sido negadas pela Corte, com o argumento de que as partes não conseguem comprovar que a motivação da demissão foi essa.

⁶⁴² WILSON, Bruce. CORDERO, Juan Carlos. Legal Opportunity Structures and Social Movements: The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics, op. Cit., pp. 335-340.

⁶⁴³ Ibid., p. 341.

organizaram para pedir a declaração de inconstitucionalidade da vedação a algumas regras que limitavam severamente o direito de greve. O sucesso dessa empreitada ampliou consideravelmente a força desses grupos, que passaram a utilizar a Suprema Corte também para contestar – de forma vencedora - políticas econômicas do governo que atingiam os interesses dos trabalhadores.⁶⁴⁴

Apesar do desenvolvimento institucional da Corte da Costa Rica ter decorrido de múltiplos fatores, e de grupos majoritários e atores políticos tradicionais também terem se beneficiado da sua independência,⁶⁴⁵ o fato é que a sua progressiva ampliação de poder permitiram que a “Sala IV” se tornasse uma via de representação e voz para grupos tradicionalmente alijados do processo político majoritário na Costa Rica.

O Egito é outro notável exemplo de como uma atuação protetora de minorias empodera o Judiciário. Criada inicialmente apenas como uma forma de demonstrar compromissos mínimos com o Estado de Direito para atrair investimentos, a SCC foi, a medida que se expandiu, ampliando a tutela dos grupos de oposição ao regime e, na sequência, passou a atuar conferindo proteção a organizações internacionais de Direitos Humanos no país. Essa atuação fez com que a independência do Judiciário se tornasse vital para esses grupos, ampliando consideravelmente o apoio difuso concedido a SCC.

Há que se observar, contudo, que essa atuação em prol de minorias e garantindo a manutenção das “regras do jogo democrático” raramente é a principal razão que leva políticos de coalizões hegemônicas a empoderarem o judiciário. Afinal, uma coalizão majoritária que amplie o poder judicial por esse motivo provavelmente é capaz de garantir no processo majoritário tanto o respeito por minorias quanto a manutenção das “regras do jogo”. Em outras palavras, uma maioria comprometida com essas ideias não precisaria delegar poder à Corte.

⁶⁴⁴ [An objective of] organized labor has been to block, delay, or reverse unfavorable government policies by challenging them at the Sala IV. A pertinent example is the case of the privatization of cellular phone service. In 1987, a U.S. company was granted the right to supply cellular phone service in Costa Rica. Public sector unions representing phone workers feared this was the first step toward privatizing the whole telephone industry and would result in job losses and poorer working conditions. In 1993, the Sala IV resolved the issue in ruling the contracts unconstitutional. Cellular phones were deemed a type of telephone service that, as the unions had argued, was a constitutionally mandated monopoly granted to the state phone company.” WILSON, Bruce. CORDERO, Juan Carlos. *Legal Opportunity Structures and Social Movements: The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics*, op. Cit.,p. 341.

⁶⁴⁵ “we focus on how weak, marginalized actors have adjusted their behavior in response to the creation of a new institutional context and what the outcomes for politics are. That is not to suggest that established political actors did not also change their strategies or that there was no significant shift in the political power distribution among the branches of government. Indeed, many business groups have used the new [Legal Opportunity]” *Ibid.*, p. 328.

Mais comumente, esse espaço para atuar protegendo minorias alijadas do processo político majoritário surge como um subproduto do fortalecimento do judiciário, que justamente por ter outros motivos para promovê-lo, tolera essa atuação. Ou ainda porque o compromisso retórico com essas minorias está tão inserido na gramática de expansão do poder judiciário que, ainda que não faça parte dos objetivos reais das elites políticas protegê-las, elas precisam conviver com a percepção de que muitos dos juízes que participarão do processo estão de tal forma inseridos nesse discurso que sua aderência ao direito os levará necessariamente a essa atuação, pelo menos em algum grau.

O que se deve perceber é que o poder do Judiciário de interferir no processo político majoritário não se sustenta apenas com essa atuação de proteção de minorias, ou, em outras palavras, o Judiciário não é capaz de atuar apenas contramajoritariamente. Como vimos ao longo desse item, há muitas outras razões pelas quais os múltiplos atores constitucionais podem desejar delegar poder a Supremas Cortes pelo mundo, e a proteção a minorias é apenas mais um desses diversos motivos.

Por isso, como veremos no próximo capítulo, embora essa atuação seja fundamental para legitimar o *judicial review* no plano normativo, no plano empírico a Suprema Corte precisará compreender as demais razões que a empoderam para cooperar com os agentes constitucionais. É apenas nesse sentido “fraco” que o Judiciário consegue ser contramajoritário, e compreender isso coloca o *judicial review* em uma perspectiva mais realista.

Mas não vamos adiantar o ponto. Na introdução a esse item, afastamos de plano as explicações ingênuas ou puramente normativas da nossa explicação sobre as razões que levam os atores a empoderarem o Judiciário. A grande maioria das razões que vimos não legitima normativamente o poder do controle de constitucionalidade do Judiciário, com exceção dessa última.

Por isso a sua importância. Ela quebra nossa visão pragmática e apresenta uma perspectiva que pode servir como base para – apesar das demais razões – legitimar o controle de constitucionalidade. Afinal, essa razão deixa claro que existem atores que realmente buscam empoderar o Judiciário a partir de uma genuína crença na capacidade emancipatória do direito. Estes empoderam o Judiciário não apenas por uma busca egoísta de poder, mas porque vislumbram no Judiciário um fórum de princípios⁶⁴⁶ capaz de proteger grupos politicamente desamparados. Como Ginsburg reconhece, designs

⁶⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

institucionais que criam amplas hipóteses de legitimados para alcançarem o controle de constitucionalidade, como é o caso americano, colombiano e brasileiro (pelo menos no controle difuso), já demonstram um pré-compromisso com essa razão para empoderar o Judiciário (ver item sobre a Teoria do Seguro). Ainda que isso se relacione também com um seguro para si mesmo, acaba alcançando também legitimados completamente alheios ao processo político.

2.4.9 Comentário Final sobre as razões para o empoderamento do Judiciário

Ferejohn ressaltou, de forma precisa, a pluralidade de objetivos que podemos desejar para as cortes e como esses propósitos podem conflitar uns com os outros:

The complex structure of judicial independence can, in principle, be explained by the structure of the normative goals we wish courts to serve. There are several such goals which are in such deep conflict among themselves that there is likely to be no simple way of being faithful to them all simultaneously.⁶⁴⁷

Mais do que conflitivas, muitas dessas razões se sobrepõem em casos concretos. São classificações arbitrárias. Um único caso real pode se encaixar em mais de uma dessas explicações. Ou melhor, as múltiplas explicações podem se somar em um mesmo caso, tornando ainda mais atraente a delegação de poder. O empoderamento do Judiciário canadense ilustra bem isso: Ainda que a disputa com a província do Québec seja cada vez mais áspera, não se pode dizer de forma precisa que a elite hegemônica anglófila se veja ameaçada pela minoria francófila. A teoria da preservação hegemônica explica apenas parte do problema, e talvez igualmente importante seja a utilização do Judiciário como um ponto de superação dos obstáculos impostos pelo poder de veto do Québec; ou ainda, o executivo e o legislativo federal entendam atraente transferir para o Judiciário uma questão politicamente divisiva como a definição da tensão entre unidade e respeito às diferenças em um país com diferenças étnico-culturais tão marcantes.⁶⁴⁸ O mais provável, portanto, é que todas essas razões se somem para tornar o empoderamento do Judiciário uma opção política bastante atraente.

⁶⁴⁷ FEREJOHN, J. *Independent Judges, Dependent Judiciary*. Op. cit., p. 365.

⁶⁴⁸ HOGG, Peter W. e BUSHELL, Allison, A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all). In. *Osgode Hall Law Journal*. v. 35, n. 1, pp. 72-124, 1997. e ROACH, Kent. Sharpening the dialogue debate: the next decade of scholarship. In. *Osgode Hall Law Journal*. v. 45, n. 1, pp. 174-175, 2007.

Ou seja, os motivos apresentados são muito distintos entre si e interagem na dinâmica de cada Estado de forma diferente. Em alguns deles várias razões estão presentes. Em outros é possível destacar um motivo principal, mas nenhum deles explica sozinho o empoderamento de todos os judiciários do mundo. Mesmo Hirschl, que se propõe a formular uma teoria ampla sobre o tema, reconhece que cada país tem um contexto e uma história específica, que não permitem explicar o empoderamento do Judiciário por uma única lente.⁶⁴⁹ Todas essas razões se somam e cada uma delas tem maior ou menor peso na experiência específica de cada país.

Com tantos incentivos diferentes, que muitas vezes estarão propondo respostas distintas para a questão a ser julgada, por vezes ao longo do caminho a decisão dada pelo Judiciário acaba sendo contramajoritária, o que leva os estudos normativos a frequentemente discordarem da percepção da ciência política de que o Judiciário é uma força preponderantemente majoritária.⁶⁵⁰ Essa dificuldade igualmente passa pela exata compreensão do que significa ser “majoritário”, algo que sem dúvida não é simples, ainda mais se considerarmos que dentro das “*law-making majorities*” podem existir divisões sobre assuntos que precisam ser decididos.

O mais importante é perceber que há sempre uma motivação para o empoderamento do Judiciário. Seja garantindo a permanência de valores de uma elite política, seja desfazendo pontos de veto ou atraindo investimentos, o Judiciário só sobrevive como instituição enquanto produz os resultados esperados, ou seja, enquanto atua de forma cooperativa. E as teorias normativas explicam apenas parte desses resultados a serem produzidos, talvez a menor parte. No mais das vezes, as Cortes precisam atuar de forma cooperativa. Fazendo isso, elas abandonam a sua posição inicial frágil e vão acumulando poder gradualmente.

2.5 Como. Formas de expandir o Judiciário

⁶⁴⁹ The “democratic expansion,” evolutionist, functionalist, “new institutionalist,” and electoral market models cannot provide a full explanation for the recent history of constitutional entrenchment of rights and judicial review in many new constitutionalism polities. The trend toward judicial empowerment through constitutionalization, while admittedly different in each country in scope and context, can be more productively analyzed in terms of an interest-based hegemonic preservation approach. HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the new constitutionalism...* pp. 104.

⁶⁵⁰ GRABER, Mark. A. “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary.” *Studies in American Political Development* 7. p. 36.

Como desenvolver institucionalmente o poder judiciário depende em larga medida das respostas que estamos dando às perguntas feitas nesse capítulo (quem expande, quando e porque). Dependendo do agente, do momento, e das razões para fazê-lo, alguns mecanismos serão mais atrativos que outros. Além disso, cada ator tem um portfólio específico de mecanismos a sua disposição. Os mecanismos a disposição do executivo federal para essa tarefa são muito diferentes do portfólio disponível para a opinião pública, por exemplo. O Judiciário é outro exemplo ilustrativo. O fato de se tratar da sua própria expansão de poder multiplica e enriquece os mecanismos para fazê-lo, como veremos no próximo capítulo.

Um último aviso. Muitos autores estudam os métodos de modificação do poder do Poder Judiciário pelo prisma da sua diminuição, enfatizando os mecanismos existentes para os atores políticos reduzirem a independência judicial. A diminuição do poder judicial é o outro lado da sua expansão. Ou seja, estudar como o judiciário pode ter a sua independência diminuída equivale a estudar como ela pode ser expandida.

As formas de expansão do poder da Corte não podem esgotadas, afinal, são tão variáveis quanto os exemplos de fatos políticos. Mas um esforço de sistematização é capaz de indicar os mecanismos mais usualmente utilizados pelos agentes responsáveis pela construção do poder judicial, ou mesmo algumas formas de expansão do poder judicial que são insuscetíveis de controle por qualquer agente específico.

A mais evidente maneira de expandir o poder judicial é por meio do processo legislativo em sentido amplo, ou seja, emendas constitucionais e leis.

Em seu estudo sobre as deferências legislativas, Lovell demonstra que isso pode ser feito de várias formas. A primeira delas seria incluir na legislação dispositivos que *assign the courts broad oversight responsibilities*,⁶⁵¹ ou, em uma segunda maneira, mais direta, o legislador cria normas que ampliam a competência do Judiciário, tornando-o competente para conhecer de disputas que decorram da referida lei e, portanto, um canal subsequente de criação da política pública, ampliando seu poder.

Mas os exemplos vão além da ampliação da competência. Outra forma de expandir o prestígio e a independência do Judiciário é criando mais vagas para Juízes, aumentando os salários, etc. Esses temas costumam exigir, nas democracias ocidentais, leis formais para sua modificação.

⁶⁵¹ LOVELL, George I. *Legislative Deferrals: Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2003. Pos. 260 (Versão para Kindle).

No caso americano, talvez pela forma sintética e pouco detalhada com que a Constituição trata o Judiciário, os principais momentos de consolidação e expansão desse poder foram marcados por leis que sedimentaram as visões dos grupos políticos dominantes sobre a posição que o Judiciário deveria ter como agente constitucional. O número de leis voltado para a reformulação do Judiciário americano é difícil de sumariar. Algumas das mais importantes são: o *Judiciary Act* de 1837, que consolidou a dominação dos estados do sul, pró-escravidão, no Judiciário do país, que dentre outras coisas, garantia a eles a maioria dos assentos na Suprema Corte; os “*Judiciary Act’s*” de 1862 e 1863, que reorganizaram o Judiciário federal para dismantelar a primazia do sul e consolidar a predominância do partido de Abraham Lincoln, tendo ampliado o número de seções da Justiça Federal e, conseqüentemente, o número de *Justices* da Suprema Corte para dez, dentre outras.

No Brasil, em função das características da nossa Constituição Federal, esse processo é realizado, normalmente, por emendas constitucionais. Podemos citar a Emenda Constitucional nº 73, de 6 de junho de 2013, que reorganizou a Justiça Federal, criando os Tribunais Regionais Federais da 6ª, 7ª, 8ª, e 9ª regiões; a EC nº 61, de 11 de novembro de 2009, que modificou a composição do CNJ; e a EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004, conhecida como a “reforma do judiciário”, além de outras que indiretamente alteraram o panorama judicial.⁶⁵² Ressalte-se ainda a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 358/05, que se propõe a ser a segunda etapa da reforma do judiciário, e se aprovada, trará mudanças significativas no panorama do nosso judiciário.

Ou seja, percebe-se que o processo legislativo é o mecanismo para realizar modificações formais na estrutura institucional que será disponibilizada ao Judiciário. Modificação de competência, ampliação de garantias dos magistrados, aumento de salários, ou qualquer outra forma de alterar a arquitetura constitucional de modo a influenciar diretamente a independência judicial.

A modificação de competência e a regulação dos poderes do judiciário são, para Ferejohn, o principal mecanismo de empoderamento do Judiciário. Muitas vezes disfarçados de ganhos de eficiência ou de reestruturação administrativa, esse processo de retirada de jurisdição⁶⁵³ e transferência para tribunais administrativos ou diminuição no

⁶⁵² LOVELL, George I. *Legislative Deferrals: Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2003. Pos. 260 (Versão para Kindle).

⁶⁵³ Não se pode associar como necessária a redução de competência do Judiciário com a redução de poder. Se a redução for de questões de pouca relevância e significar avanços administrativos, então ela pode na

número de varas e comarcas disponíveis é o principal vetor de construção ou desconstrução do Judiciário.⁶⁵⁴

Contudo, não são apenas os mecanismos diretamente relacionados à estrutura institucional que definem os contornos do poder judicial.

Mesmo o processo legislativo pode empoderar o Judiciário de formas mais indiretas, como na redação de leis ambíguas, que tendem a convidar as Cortes para resolver a ambiguidade, aumentando o seu poder.⁶⁵⁵

Há que se ter cuidado com a delegação de poder por meio de ambiguidade na linguagem, porque os estudos convencionais de interpretação costumam assumir essas ambiguidades como acidentais. E em alguns casos elas podem até ser. Mas o perigo é justamente subestimar uma transferência de poder que de tão sutil pode muitas vezes parecer acidental. Raramente o legislador que ser percebido como evitando tomar uma decisão e, portanto, esse empoderamento será feito da maneira mais sutil possível.⁶⁵⁶ Além do mais, não podemos assumir os legisladores como ingênuos ou pouco habilidosos com as palavras, em especial em função da percepção de Eskridge, mencionada por McCann, de que a superação legislativa de precedentes tem tornado os legisladores cada vez mais hábeis na redação de leis que evitem espaços discricionários para o Judiciário.⁶⁵⁷

Por essa razão, há que se propor um novo paradigma interpretativo com relação à ambiguidade legislativa: em regra ela será fruto de um compromisso legislativo e/ou do empoderamento consciente do Judiciário. Apenas excepcionalmente poderemos assumir a

verdade significar empoderamento. FERREJOHN, J. *Independent Judges, Dependent Judiciary*. Op. cit., p. 361.

⁶⁵⁴ Therefore, in my view, the more genuine threats to judicial independence – if we interpret it as providing a broad guarantee that people can have their disputes decided in front of independent judges – are not really the sporadic attacks on individual judges, but instead are found in attempts to diminish or regulate the powers of the judiciary as a whole. These attempts are often hidden in popular congressional actions directed at urgent problems where existing legal procedures have proved cumbersome. They can take many forms: nibbling away at court jurisdiction by removing cases to administrative tribunals, altering rules of court procedure, limiting the number of judgeships or failing to fill vacancies that exist.... Politically, these events may not appear confrontational, but their cumulative effect can substantially erode the capacity of the judiciary to protect individual liberties by removing such issues from the federal courts. FERREJOHN, J. *Independent Judges, Dependent Judiciary*. Op. cit., p. 361.

⁶⁵⁵ LOVELL, George I. *Legislative Deferrals: Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. Op. cit., Pos. 260 (Versão para Kindle).

⁶⁵⁶ Idem., pos. 277. A less obvious, but perhaps more troubling problem with the policy assumption is that it has led scholars to develop interpretive conventions for reading legislative records that make it very likely that scholars will misinterpret cases involving deliberate deference to the courts. These conventions for handling evidence disguise deliberate deferrals as accidental ambiguities, and thus lead scholars to mistake legislative deference to the courts as cases that fit the conventional framework.

⁶⁵⁷ McCANN, Michael. *How the Supreme Court Matters in American Politics*, Op. cit., p. 76. “Congress regularly writes new legislation to overturn, “correct,” or bypass judicial interpretations of earlier statutes and increasingly has worked to write legislation in more careful ways that reduce the potential for discretionary judicial readings of law (Eskridge 1991)”.

ambiguidade legislativa como acidental ou decorrente de um “descuido”. Contudo, compreender a ambiguidade legislativa como sendo em regra proposital não é o mesmo que dizer que toda ambiguidade legislativa equivale ao empoderamento do judiciário. Muitas vezes a falta de clareza será simplesmente falta de clareza na política a ser seguida, sem uma decisão consciente de transferir a decisão para os juízes. Graber segue o mesmo raciocínio.⁶⁵⁸

A forma como se desenvolve o diálogo institucional entre o judiciário e os demais poderes também é um mecanismo de aumento/diminuição do poder judicial. Se o legislativo atuar de forma consistente aprovando leis com o intuito expresso de reverter posicionamentos judiciais, há uma tendência reconhecida pelos estudiosos do Judiciário abandonar sua posição e se tornar, assim, mais submisso ao legislador. Trata-se de outra forma de retrain a força do Poder Judiciário. O inverso é igualmente verdadeiro. Se iniciativas legislativas de reversão de precedentes judiciais forem sistematicamente abandonadas para evitar o confronto, o Judiciário se empodera aumentando a sua independência.

Outra forma de expandir ou diminuir esse poder diz respeito aos critérios para admissão e julgamento de *impeachments* contra os juízes. Esse ponto – crucial para a independência, e, portanto, crucial para o poder dos juízes, é eminentemente político⁶⁵⁹, e não depende do processo legislativo típico. Podemos então listar a modificação nos critérios para admissão e julgamento de *impeachments* contra juízes como outro mecanismo de modificar a independência judicial. Como coloca Ferejohn, “*constitutional protections afforded to individual judges remain dependent on a congressional willingness to maintain a relatively high barrier for impeachment*”.⁶⁶⁰

A Constituição estabelece uma margem política para a utilização desse mecanismo de definição do poder judicial. A maior ou menor disposição de utilizar esse expediente, portanto, é um mecanismo de empoderamento do Judiciário. Tal exemplo, inclusive,

⁶⁵⁸ GRABER, Mark. A. *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*. Op. cit., p. 44. Citizens aroused by reports of political scandals may be more interested in having legislators pass a corrupt practices act than in the merits of any given proposal. In this political environment, politicians best satisfy voters by passing a bill with an appropriate title that allows the Supreme to decide the precise policy the national government will adopt. Such actions enable party moderates to take the credit for responding to the public’s concern, while leaving them free to blame the justices for any weaknesses in the actual policy chosen. Elected officials opposed to the direction of judicial policymaking can always tell their constituents that the justices misinterpreted the statute they wrote or abused the judicial power by declaring unconstitutional some part of that measure.

⁶⁵⁹ FERREJOHN, J. *Independent Judges, Dependent Judiciary*. Op. cit., p. 358. The only real barriers to the frequent resort to impeachment are, therefore, political.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 358.

demonstra que muitos dos métodos de expansão do poder Judiciário estão relacionados ao comportamento dos políticos em relação a esse poder. Por mais sutis que pareçam, os discursos políticos ressaltando os benefícios de um Judiciário independente, o desafio aberto a decisões judiciais, são exemplos de atos políticos com impacto no apoio difuso ao Judiciário que gastam ou ampliam o capital institucional desse poder. Ou, como coloca Ferejohn, “*beyond these formal dependencies, of course, is the more nebulous, but dangerous, capacity – present in any democratic government – of political leaders to mobilize popular sentiment against judges*”.⁶⁶¹

Além dessas formas, poder-se-ia listar mecanismos “informais” de empoderamento do Judiciário, como discursos políticos em favor das Cortes, ou mesmo o cumprimento voluntário de decisões por parte dos interessados no empoderamento. Contudo, nossa ideia foi tão somente apresentar um panorama das formas de empoderamento do judiciário, lançando luz para um mecanismo específico e subteorizado no direito: a ambiguidade legislativa. Para completar nosso ciclo, o quarto item diz respeito aos momentos da construção do Poder Judiciário.

2.6 Quando. As etapas da construção da independência judicial

2.6.1 Afastando a possibilidade de rompimento institucional, o “Low-Equilibrium Judicial Review”

Em seu livro *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*,⁶⁶² Tom Ginsburg elabora um conceito chave para o nosso trabalho. Segundo aquele autor, Cortes se desenvolvem institucionalmente quando adquirem poder difuso. Em novas democracias, o Judiciário iniciará sua jornada sempre em um estágio chamado de “*low-equilibrium judicial review*”, em que o poder judicial é frágil. Em novas democracias, ou em novos arranjos institucionais de separação de poderes, a acomodação das forças costuma ser uma incógnita. Os limites da independência de cada ator também não estão consolidados. Como coloca Ginsburg, novas democracias são frequentemente ciaturas frágeis, nas quais não existem consensus consolidados sobre normas básicas de governança, e existem muitas pressões contrárias a novas instituições e reversões

⁶⁶¹ FERREJOHN, J. *Independent Judges, Dependent Judiciary*. Op. cit. p. 360.

⁶⁶² GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. cit. p. 73-74.

democráticas e crises políticas são comuns. Ou seja, existe uma “*Uncertainty about the direction and pace of political change...*”⁶⁶³

Nessas condições, Ginsburg parte de um conceito formulado por Albert Hirschman para identificar que os custos de ruptura de um grupo político que se vê minoritário ou perdendo poder no cenário político são pequenos. Pouco ou nada está consolidado e as práticas sociais ainda estão abertas a novos modelos. As chances de decisões do Judiciário serem descumpridas ou ameaçaram o fino tecido institucional são grandes.

Em um momento inicial, portanto, é fundamental para a Corte compreender as suas limitações, pois sua capacidade de desafiar atores institucionais fortes é baixa, e sua habilidade para aprofundar a tutela de direitos constitucionais sem ocasionar contraatques é, portanto, restrita.⁶⁶⁴

Nessa posição institucional, o Judiciário se encaixa perfeitamente na qualificação de Rosenberg da corte limitada, ou “*Constrained Court*”, em que elas são “*weak, ineffective, and powerless*”⁶⁶⁵. Sua capacidade de produzir mudanças significativas no panorama político e social é quase inexistente. Ou, como diz o mesmo autor, a corte limitada “*can do little more than point out how actions have fallen short of constitutional or legislative requirements and hope that appropriate action is taken*”.⁶⁶⁶

Ginsburg define o “low-equilibrium judicial review” da seguinte forma:

There is another possible scenario, of course, namely that the court is not able to secure compliance from other political bodies. This can be fatal for court by leading to political counterattacks or marginalization. If a court is unable to convince parties that other parties will comply with its decisions, there is little incentive to bring disputes to court. Furthermore, there is little reason for a losing party to comply if it believes others will not comply. The perception of noncompliance becomes self-fulfilling. I call this the “low-equilibrium” of judicial review. In the low equilibrium, courts do not often challenge politically powerful plaintiffs, with the result that they are rarely called upon to adjudicate truly important disputes. (...) The constitution plays little role in social and political life, new issues are not constitutionalized, and the constitution is not renewed and becomes stagnant.⁶⁶⁷

⁶⁶³ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. cit. p. 72.

⁶⁶⁴ Ibid., p. 72-73. the court is not unconstrained in its ability to deepen constitutional legitimacy. There is also the risk of missteps and errors. A court that challenges a powerful political actor and provokes counterattack can set back the process of democratic consolidation.

⁶⁶⁵ ROSENBERG, G. *The Hollow Hope*. Op. cit., p. 3.

⁶⁶⁶ Ibid., p. 3.

⁶⁶⁷ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. cit. pp. 73-74.

Esse momento da Corte está diretamente associado à incapacidade contramajoritária, embora as duas idéias não sejam equivalentes. Como veremos, a incapacidade contramajoritária continua existindo no “*high-equilibrium*”, mas em menor grau. Ou seja, o estágio de “*low-equilibrium*” se caracteriza por um momento em que a corte tem pouco capital político, pouco apoio difuso e, portanto, quase nenhuma capacidade de atuar de forma contramajoritária.

Todos os Judiciários iniciam seu percurso institucional nessa posição, cuja preocupação principal deve ser sobreviver. Um bom exemplo de uma Corte atuando em “*low-equilibrium*” é a Suprema Corte americana do início da República até meados do século XIX.

Como mencionamos no capítulo anterior, em seu primeiro embate político relevante com o Presidente Thomas Jefferson, não foram poucas às vezes em que se cogitou extinguir a Suprema Corte, ou pelo menos lhe reduzir drasticamente o poder. Um dos *Justices* sofreu um processo de *impeachment* e por uma margem ínfima se sustentou no cargo.⁶⁶⁸ Lutando pela sua sobrevivência, a Suprema Corte acabou atuando de forma a não contrariar o presidente nos dois casos relevantes que chegaram a ela: em *Marbury v. Madison* ela se declarou incompetente, com o resultado prático da decisão tendo sido exatamente o que Jefferson queria, e em *Stuart v. Laird*, a corte reformou a sua então recente jurisprudência para alcançar o resultado prático que interessava ao presidente.

Outro exemplo de atuação em “*low-equilibrium*” é o STF desde sua criação até pelo menos a Constituição de 1988, talvez até a troca total dos integrantes do Supremo que haviam sido nomeados pela Ditadura. Poderíamos elencar outros exemplos, mas já tratamos de alguns no capítulo anterior, ao qual remetemos o leitor. O fundamental deste item é a percepção de que ainda que a arquitetura constitucional de uma nova Constituição seja indicativa de poder do Poder Judiciário, no início essa estrutura é mera potencialidade, que pode ou não se concretizar.

O fato de todas as Cortes iniciarem suas vidas com baixo apoio difuso não significa que todas começam exatamente do mesmo ponto. Há variáveis decorrentes de interações sócio-políticas anteriores ao estabelecimento do controle ou que afetam a sua dinâmica inicial. Um bom exemplo é o Tribunal Constitucional Alemão, cujo estabelecimento se deu com a eleição final dos membros em 4 de setembro de 1951, ainda

⁶⁶⁸ ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers*. Op. cit. p. 186.

sob as cinzas da 2ª Guerra Mundial.⁶⁶⁹ No contexto de total desencantamento com o parlamento e buscando se aproximar do modelo “vencedor” americano, a Corte alemã iniciou suas atividades com um apoio difuso considerável, embora ainda estivesse em equilíbrio baixo. Como coloca Vanberg: “*Establishing a court and securing its position as an authoritative institution in the political system, are, of course, two different things.*”⁶⁷⁰

2.6.2 “High-Equilibrium Judicial Review” e a Curva de ascensão de Poder

O “*High-Equilibrium Judicial Review*”, ou poder judicial forte, é o momento em que os atores políticos e constitucionais não consideram mais a possibilidade de ruptura com o sistema, e as ameaças de descumprimento de decisões se tornam mais raras. O Judiciário torna-se mais independente e os espaços para a sua intervenção na política se ampliam. A descrição de Ginsburg desse cenário é a seguinte:

This view of the constitutional order as dynamic helps explain why judicial power often grows as democracy deepens. The court debomes an important site of political contestation and is frequently called on to resolve disputes. Losers in political arenas are likely to take their disputes, framed as constitutional issues, to court... Occasional victories before the court encourage further filings and enhance the court’s role. I call this configuration, when a court is active, obeyed, and politically salient, the “high equilibrium” of judicial review.⁶⁷¹

O cenário em que o poder judicial é forte e obedecido, como descreveu Ginsburg, é sempre posterior no tempo em relação ao “low-equilibrium judicial review”. A sua construção é gradual. Com o tempo, a percepção de que o Judiciário pode ser um poderoso aliado na formulação e implementação de políticas públicas, somado ao crescente apoio difuso que a opinião pública concede a esse poder, tornam a opção política pela retirada da independência do Judiciário inviável.

A mesma Suprema Corte americana que quase foi extinta por Thomas Jefferson, quase duzentos anos depois decidiu que o presidente dos EUA seria George W. Bush, e não Al Gore, sem que os políticos derrotados tenham cogitado qualquer retaliação à corte. Nesse estágio, pode-se dizer que a corte está atuando em “*high equilibrium*”, ou seja, o

⁶⁶⁹ VANBERG, Georg. The politics of judicial review in Germany (political economy of institutions and decisions). 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 66.

⁶⁷⁰ Ibid., p. 67

⁶⁷¹ GINSBURG, Tom. Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases. Op. cit. p. 73.

capital institucional acumulado do judiciário o torna suficientemente independente para influenciar a política de forma aguda.

O mesmo se pode dizer do STF nos dias de hoje, que decide todos os tipos de questões constitucionais, sendo apenas moderadamente atacado pelas forças políticas contrariadas. Não se cogita, como fez o governo militar, de cassar ministros ou de retirar completamente a independência da corte.

Apenas nesse cenário de atuação em “*high equilibrium*” que o Judiciário tem poder para ser efetivamente contramajoritário sem temer a perda de sua independência. Como acontece essa transição de uma situação frágil para uma de “*high equilibrium judicial review*”?

A transição de um estágio de poder judicial frágil para um em que ele é forte depende de um ciclo virtuoso⁶⁷² de atuação que consolide a presença do Judiciário na arena política, coopere com os principais agentes políticos, e, portanto, torne a opção de expansão do poder judicial uma escolha estrategicamente positiva para os atores constitucionais que tem o poder para fazê-lo, aumentando, ao mesmo tempo, os custos políticos de retaliação à corte.

O acúmulo de situações em que a corte cooperou com os agentes constitucionais, seja dando apoio às majorias, seja dando voz às minorias, cria incentivos para que esses atores permaneçam dentro do sistema constitucional e cogitem cada vez menos o rompimento dos pré-compromissos estabelecidos. Nesse ciclo, a corte passa a ser cada vez mais demandada, participando crescentemente do processo político. Nas palavras de Koerner: “*Ao se colocarem novas questões à Corte, suas decisões passam a ter impacto maior, a mobilização amplia suas bases de apoio político e tendem a diminuir os riscos e represálias*”.⁶⁷³

Muitos fatores definem o sucesso dessa curva de ascensão de poder em que a Corte passa efetivamente a ser capaz de interferir no processo de desenvolvimento da Constituição. Mas a nossa análise conseguiu identificar um padrão regular de sucesso nesse empreendimento: envolve comedimento, regularidade na reafirmação de poder em questões politicamente irrelevantes, uma atuação politicamente atraente e útil para um ou mais atores constitucionalmente relevantes e a paciência.

⁶⁷² GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. cit. p. 72. “Judicial review can set in motion a virtuous cycle that encourages compliance with the constitutional order and respect for basic civil and political liberties.”

⁶⁷³ KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. Dossiê: 25 anos da Constituição de 1988. *Novos Estudos*. CEBRAP, 96, julho 2013. p. 77.

Quanto ao comedimento, vimos no capítulo anterior que Cortes pouco desenvolvidas institucionalmente que tentaram participar ativamente no processo político foram rapidamente derrubadas ou limitadas. Num estágio inicial da sua existência, a melhor forma de atuação de uma Corte Constitucional é “*low-profile*”, evitando choques ou embates com outros atores constitucionais.

Essa atuação estratégica e consciente das vontades dos demais atores constitucionais também é enfatizada por Ginsburg, para quem o Judiciário, estando em uma situação de “*low equilibrium judicial review*”, deve atuar inicialmente de forma tímida, evitando ataques relevantes aos demais atores constitucionais:

Where the Supreme Court set out to “definitely set to rest a controversy that has so long plagued the country,” as Justice Catron said about Dred Scott, it provoked backlash and controversy. Where it acted sensitively and supported regime interests, it was more successful. Caution and care, it would seem, are crucial for establishing judicial power until the threat of exit by political forces is diminished.

There is a paradox here. To develop effective institutional power, justices must sometimes restrain themselves from exercising it.⁶⁷⁴

Já a regularidade na afirmação de poder parte da ideia de Jesse Choper, elaborada no conceito de “teoria do crescimento constante do capital” (*Theory of Constant Growth of Capital*),⁶⁷⁵ a ser aprofundado no próximo capítulo, cuja proposta é que a cada exercício do *judicial review* da Suprema Corte, mais naturalmente ele será aceito pelas pessoas, e maior será o capital político da mesma. Ou seja, mantidas constantes as demais variáveis, o tempo é favorável às Cortes.⁶⁷⁶

A teoria do crescimento constante do capital sugere que todo exercício do controle de constitucionalidade acaba por aumentar esse capital e, quanto mais frequentemente o judiciário atue na seara constitucional, mais natural será a aceitação desse poder por parte das pessoas e maior será então, a sua legitimidade.⁶⁷⁷

Mark Graber coloca o mesmo ponto e diz que essa regularidade em questões politicamente irrelevantes foi crucial para a evolução da popularidade e aceitação da Suprema Corte Americana. Em seu artigo *Naked Land Transfers and American*

⁶⁷⁴ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. cit. p. 95.

⁶⁷⁵ CHOPER, Jesse H. *Judicial Review and the National Political Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1980. p. 162.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 156

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 162 “The argument, which may be termed the theory of constant growth of capital, contends that each assertion of the Court’s negative authority of judicial review ultimately augments that authority and the more regular the judiciary’s invalidating command, the more likely and accustomed the public acceptance.”

Constitutional Development”, Mark Graber sustenta que o controle de constitucionalidade foi se consolidando no período anterior à guerra civil Americana porque os juízes exerciam esse poder constantemente em questões reconhecidas e apoiadas por “*virtually every prominent political actor*”.⁶⁷⁸

Nesse momento, muitas das decisões que de alguma forma envolviam o *judicial review* eram questões de transferências de terra feitas pelo Governo, concedendo a B uma propriedade que já pertencia a A. Essas situações concretas são exemplos de casos que decorriam de erros, etc, e, mais importante do que isso, não chamavam nenhuma atenção política. Nas palavras do autor:

Understood in their political contexts, judicial review in cases involving such matters as the ownership of a particular parcel of land in Missouri or the ownership of land below the high water mark of rivers in Alabama could not have been countermajoritarian in an important theoretical sense. No will of the people or of the elected representatives of the people existed for the justices to thwart. Popular and legislative majorities lacked the interest in the constitutional controversy necessary to form any opinion on the proper constitutional resolution.⁶⁷⁹

A partir de decisões em casos inofensivos, que não agrediam nem os poderes eleitos nem as pessoas em geral, a Suprema Corte foi construindo uma jurisprudência que constantemente reafirmava o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade. Para Graber, esses “*politically inconsequential cases may have played a central role in the process by which judicial review was established in the United States*”. O autor entende que essa prática reiterada do *judicial review* em casos em que a Corte “voava abaixo do radar”⁶⁸⁰ foi crucial no desenvolvimento de uma percepção de que o Judiciário era o fórum próprio para resolver todas as questões constitucionais.⁶⁸¹

Na verdade, a prática foi ainda mais sutil, na medida em que, em geral, a Corte declarava um limite ao governo considerando uma determinada ação inconstitucional, mas, na sequência, interpretava a lei de forma a contornar a sua inconstitucionalidade, ou

⁶⁷⁸ GRABER, Mark. “Naked Land Transfers and American Constitutional Development”. *Vand. L. Rev.* 73 (2000). p.77.

⁶⁷⁹ Idem.

⁶⁸⁰ FRIEDMAN, B. *The Will of the People*. Op. cit., pp. 377-378. “The Court also has a better chance of going its own way in cases that are of low public salience. The Court decides lots of cases, and only so many of them can make it to the public consciousness. In others, the Court can fly under the radar, unnoticed. The Roberts Court has decided a large number of “pro-business” cases, often decided by large margins, if not unanimously. Though this has gotten some attention in the press, for the most part the media’s focus has been on certain high-profile cases like those involving abortion, pupil assignment to schools, gun control, and the like.”

⁶⁸¹ GRABER, Mark. “Naked Land Transfers and American Constitutional Development”. *Vand. L. Rev.* 73 (2000). p. 78. Nas palavras do autor: “By routinizing the process of judicial review in politically uninteresting matters, the Marshall and Taney Courts fostered beliefs that the judiciary was the appropriate forum for resolving all controversial constitutional issues”.

seja, de forma a lê-la como compatível com o referido limite. Muito parecido com o que foi feito em *Marbury*, em que a retórica afirmava o *Judicial Review*, mas as consequências práticas para o governo federal na decisão foram irrelevantes.

Em *Fletcher v. Peck*,⁶⁸² a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu que os Estados estariam proibidos pela Constituição de aprovar leis que expropriassem cidadãos cujo título de propriedade tivesse sido adquirido de boa-fé. Ainda que o vendedor tivesse adquirido a propriedade da terra que originalmente pertencia ao Estado por fraude o suborno. Para a Corte naquele caso, uma vez que o Estado concedeu a propriedade para um cidadão (“B”), ainda que essa transferência tenha se dado por suborno ou fraude, quando “B” vendeu essa propriedade para “A”, se esse estivesse de boa-fé, o Estado não poderia aprovar uma lei recuperando a propriedade, ou seja, expropriando a propriedade de “A”. Esse tipo de exercício do *judicial review*, politicamente inconsequente, servia para reafirmar no ambiente político e na opinião pública que de fato a Suprema Corte tinha o poder de definir o que era ou não constitucional.

Depois desse período, a opção política pela aniquilação da Suprema Corte americana saiu do “menu de opções”. Mesmo depois da Guerra Civil, de *Dred Scott* e do Judiciário ter sido associado aos escravagistas, a opção política de Lincoln e dos vencedores não foi limitar o poder e a autoridade da Corte, mas moldá-la aos seus interesses.⁶⁸³ Moldando e remodelando o Judiciário para cooperar com a coalizão majoritária, ela foi sedimentando camadas de poder e sustentação até alcançar o “*high equilibrium*”.

A história da Suprema Corte americana é um exemplo excepcional de construção constitucional de uma instituição que, a partir de sucessivas atuações estratégicas na interação com as demais instituições se alçou de uma posição claramente inferior no equilíbrio dos poderes para uma posição de igualdade com os demais poderes, quicá de algum grau de supremacia.

Atualmente associada com o “mito do surgimento dos Estados Unidos”, qualquer proposta mais incisiva de diminuição de poder da Corte parece envolver custos que

⁶⁸² 10 U.S. 87 (1810).

⁶⁸³ CROWE, Justin. *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development*. Princeton, 2012. p. 144. “Seeking to reform a Supreme Court they saw as section ally biased and corrupted by Democratic machinations, Republicans opted for a “substantive change... conceived within a traditional framework.” That is to say, rather than limit the reach of the Court’s power or authority, Republicans tried to make the exercise of that power more receptive to their (antislavery) policy interests; rather than dismantle the post-1807 system of judicial representation that Democrats had manipulated in the Judiciary Act of 1837, Republicans sunoky reappropriated it to their own advantage.”

associam o proponente com a própria destruição de um aspecto fundamental da estrutura constitucional americana. O tempo certamente foi um agente desse processo. Como se cada disputa política da qual a *Supreme Court* saiu viva lhe tivesse adicionado uma camada de legitimidade, aumentando o ônus dos seus adversários políticos. Focando no exemplo do Judiciário americano, Crowe chega à mesma conclusão, quando afirma que:

judicial power has not emerged suddenly and spontaneously so much as it has developed consistently and continuously. Indeed, the growth of judicial power was made possible not by a singular event but through a collection of concurrences, the timeline for which has stretched over two hundred years and has encompassed a multitude of different actors and parties.⁶⁸⁴

O STF pós-88, e mesmo durante a constituinte, também soube atuar de forma defensiva e cooperativa enquanto seu poder ainda ocupava uma posição de baixo equilíbrio na dinâmica entre os poderes. Em pouco mais de 20 anos de atuação, já é possível identificar momentos em que o STF cooperou com todo o espectro político. Auxiliando o governo federal na reforma do estado e das privatizações (PSDB, PFL, etc), ao mesmo tempo em que dava voz à minoria descontente com os rumos da reforma (PT e partidos a esquerda). Nesse cenário, poucos são os grupos que não tiveram, em algum momento, suas demandas tuteladas pelo STF, de modo a torná-los parte da estrutura institucional e vislumbrarem a manutenção da independência do judiciário como positiva.

A curva de ascensão de poder é justamente essa gradual transição “*from low-equilibrium judicial review to high equilibrium, through careful use of strategy*”.⁶⁸⁵

Há um detalhe importante sobre essa curva de ascensão de poder. Ela só ocorre para as cortes constitucionais bem sucedidas. Muitas permanecem no estágio frágil de poder, ou chegam ao high equilibrium e voltam à situação de fragilidade. Compreender a estratégia para expandir o poder é importante para que se possa entender também como mantê-lo.

2.6.3 Manutenção do Poder ou enfraquecimento institucional

Como vimos no item anterior, Koerner admite que em algum momento quando a corte amplia seu apoio político, “*tendem a diminuir os riscos e represálias*”. Mas, na

⁶⁸⁴CROWE, Justin. *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development*. Princeton. 2012p. 273.

⁶⁸⁵GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Op. cit. p. 74.

sequencia, o autor deixa claro que ainda que uma Corte alcance essa situação de “*high-equilibrium judicial review*”, a manutenção dessa posição precisa ser permanentemente cultivada, afinal:

[o] presidente e os legisladores mantêm sua capacidade de represália e assim podem confrontar decisões ou limitar poderes das cortes. A atuação das cortes envolve, então, lógicas de ação distintas, estratégia dos representantes eleitos e ambição de juízes. **Quando o equilíbrio se rompe**, torna-se provável que as decisões dos juízes encontrarão sérias resistências e represálias dos representantes.⁶⁸⁶

A proposta deste trabalho é fornecer ferramentas para que se analise a manutenção, expansão ou rompimento deste equilíbrio necessário à manutenção da independência e força do Judiciário.

Anteriormente discorremos sobre a incapacidade do Judiciário de ser contramajoritário.⁶⁸⁷ Voltamos a enfatizar esse ponto aqui para deixar claro que o desenvolvimento institucional não é uma certeza ou uma inevitabilidade decorrente da expansão global do poder judicial. As instituições podem estagnar ou mesmo perder poder e se enfraquecer a ponto de se tornarem quase irrelevantes do ponto de visto político. São um alerta para os Judiciários que se sentem supremos, e também um alerta para aqueles que acreditam que o Judiciário pode resolver todos os problemas constitucionais. A compreensão do desenvolvimento das instituições permite que se observe que elas podem dar certo, mas também podem dar errado: a posição das instituições é construída e reconstruída conforme elas estejam ou não entregando aquilo que se espera delas.

Descrevendo o seu modelo de interação entre o Judiciário e o Legislativo, James Rogers assumiu como uma premissa o fato de que – ainda que a Corte tenha um resultado preferido para um caso concreto, ela sempre dará preferência à decisão que preservará a sua continuidade institucional. Nas suas palavras:

This can be thought of as the preference of the Court for its own continuation "after" the game to review future enactments and thus also reflects the Court's policy-orientation. After all, if the Legislature does not discipline the Court, then it survives to act on its preferences another day. The Court is assumed to prefer its own continuation more than it opposes any particular legislative policy⁶⁸⁸

⁶⁸⁶ KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial?* Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Dossiê: 25 anos da Constituição de 1988. Op. cit. p. 77.

⁶⁸⁷ Ver o capítulo I deste trabalho.

⁶⁸⁸ ROGERS, James. “Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction”. *American Journal of Political Science*, V. 45, No. 1 (Jan., 2001), p. 99.

Ou seja, em uma situação de confronto entre a Corte e um adversário político que possa resultar na sua eliminação do cenário político, o raciocínio estratégico natural para o Judiciário é abrir mão de sua posição preferida naquela situação específica, para conservar o poder de, em outras ocasiões, alcançá-la.⁶⁸⁹

Hipoteticamente, pode-se cogitar de uma situação em que a Corte prefira a sua perda de independência a decidir de uma forma específica contrária aos seus interesses. Essa hipótese, no entanto, é pouco intuitiva, na medida em que o primeiro impulso do poder é a sua preservação, e o segundo, a expansão.⁶⁹⁰ Podemos afastar, portanto, a possibilidade de uma Corte proferir uma decisão consciente antecipando a sua perda de capital institucional a ponto de retirá-la do processo político decisório.

O que pode acontecer é a Corte acumular decisões que, singularmente consideradas, apenas consomem parte do seu capital institucional, mas que, no agregado, podem levá-la a ser disciplinada ou, no limite, a perder totalmente a independência. Alguns exemplos paradigmáticos recentes vistos neste trabalho são a Corte Constitucional Russa e o Tribunal Constitucional da Bolívia.

Esse processo de perda de capital institucional até a perda de independência em geral acontece em situações em que múltiplos fatores se conjugam. No caso boliviano, a Corte foi empoderada para exercer uma função estabilizadora envolvendo a manutenção do *status quo*. Por outro lado, o executivo se viu cada vez mais fortalecido em uma proposta democratizante com viés de ruptura com esse *status quo*, representado pelo Presidente Evo Morales. Nesse contexto, a Corte superestimou sua capacidade de resistência e foi incapaz de cooperar com o presidente. O aumento de poder deste último foi, portanto, diretamente proporcional à perda de poder da Suprema Corte.

⁶⁸⁹ Idem., No rodapé 16, Rogers explica a questão de forma teórica: “16 Martin invokes a similar description of what happens if the Court were successfully disciplined: “In the case where the Court is attacked and does not back down, the institutional cost is far greater. Indeed, such an attack would effectively remove the Court from the policy-making game, thus incurring an infinite cost to the Court” (1998, 149). The discounted future cost of not making policy need not of course be “infinite” to induce the Court to strategically “back down” in a particular case. It simply requires that $P < K$, with K being the possibly finite discounted future policy influence that the Court would give up if it did not back down. Analyzing the game under the assumption that $K < P$, however, is not problematic.”

⁶⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. pp. 34-35. O primeiro impulso natural do poder é a auto-conservação. É intuitivo, assim, que um tribunal, em suas relações com os outros atores políticos, institucionais ou sociais, procure demarcar e preservar seu espaço de atuação e sua autoridade, quer pelo acolhimento de reclamações, quer pela reafirmação de sua jurisprudência. (...) O segundo impulso natural do poder é a expansão. No caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade.

Na Rússia, por uma série de questões de arranjo institucional, a Corte Constitucional foi – de forma um tanto prematura – alçada ao epicentro da disputa de poder. Nesse cenário, rapidamente perdeu a percepção de sua fraqueza institucional e foi além do que seu capital institucional lhe permitia. O resultado inevitável: em pouco tempo a sua independência como um ator político foi inviabilizada.

Aqui retomamos o que dissemos no item anterior: O tempo parece ter uma relação direta com a legitimidade, na medida em que as instituições se sedimentam nas práticas sociais, ampliando os custos de sua modificação. Voigt e Salzberger sintetizam esses custos:

The distinctions between these forms of delegation may be of importance, as there might be asymmetry between creation costs (a decision to delegate powers) and reversal costs (a decision to cancel such delegation or to change the delegate). In a formal sense, if delegation was done by legislation in the post-constitutional stage, canceling such delegation or changing the delegate when it stops to be beneficial (due to delegatee drift or too much independence) should be regarded as the same sort of decision. However, if such delegation develops to be perceived by the public as part of the government's institutional structure, it can be interpreted as part of the de facto-constitution, and therefore, its revocation or amendment cannot be done as easily as its creation.⁶⁹¹

A percepção de que o tempo amplia o poder, ou pelo menos consolida o poder já existente do Judiciário é de certa forma intuitiva. Esse processo de sedimentação se aplica para todas as instituições sociais. No direito, tem raízes profundas no “*common law*”. Mas, ainda que intuitiva, serve para reforçar outro aspecto que não se pode perder de vista: o destino do Judiciário está intrinsecamente ligado ao das demais instituições do Estado. Dificilmente o Judiciário sobrevive como um ator político relevante em um cenário de constantes rupturas institucionais. O fato do exemplo americano se contrapor ao de países como Rússia e Bolívia, países constantemente mergulhados em rupturas institucionais, só fortalece esse argumento. Não existe uma fórmula geral e atemporal para o desenvolvimento institucional do Judiciário. Como uma instituição social, seu desenvolvimento depende de múltiplas contingências insuscetíveis de serem dominadas. O que se pode estabelecer são comportamentos que tendem a ser bem sucedidos, desde que enquadrados em cenários minimamente estáveis.

⁶⁹¹ VOIGT, Stefan, e SALZBERGER, Eli M. “Choosing not to Choose: When Politicians Choose to Delegate Powers”. *Kyklos* 55 (2): 289-310. 2002. p. 292.

2.7 Conclusão

No primeiro capítulo deste trabalho concluímos que o poder judiciário é o mais fraco dos três, e que a “dificuldade contramajoritária” é pouco mais do que uma hipótese acadêmica sem maiores consequências práticas. Mas, se isso é verdade, como o Judiciário alcançou tanta força em alguns países? Essa foi a pergunta que nos propusemos a responder neste capítulo.

Para isso, nosso propósito foi explicar, de forma analítica, a construção do Poder Judicial. Vimos os agentes envolvidos na expansão/retração da independência judicial, os incentivos que esses atores tem para empoderar o Judiciário, os meios que utilizam para realizar essa tarefa, bem como as etapas desse desenvolvimento institucional ao longo do tempo.

A conjugação desses diversos elementos nos leva a identificar duas características do poder do Judiciário. A primeira delas é a sua natureza essencialmente **política**. Sua origem é política, e seus fundamentos também. O poder do Judiciário nasce e se desenvolve dentro da política, não fora, ou acima, como alguns propõem. A falta de percepção sobre esse ponto é baseada na necessidade que o Judiciário tem de se afirmar imparcial e técnico, e de se justificar como algo distinto da política, fazendo os seus membros, e os operadores do direito de uma forma geral, renegarem as origens desse poder. A tentativa de tornar o direito distinto da política gera uma especialização e um empoderamento por um lado, mas cobra um preço. E esse preço é a miopia que se constrói sobre a relação do Judiciário com os demais poderes “essencialmente” políticos. A falta de clareza sobre essa natureza política faz com que as “interferências” políticas no Judiciário, que de tempos em tempos se tornam mais densas e evidentes, sejam vistas como “anomalias” a serem combatidas, não eventos naturais e inevitáveis dessa relação. Nenhum modelo constitucional se propõe a isolar o Judiciário da política, ou, como diz Ferejohn, nunca foi a intenção dos arquitetos da Constituição americana “*hermetically seal off the judiciary from the influence of the other branches*”.⁶⁹²

Tentamos demonstrar, como faz Barry Friedman, a ambivalência da relação do Poder Judiciário com a política, pois a mesma política que ameaça a independência

⁶⁹² In retrospect, we can see that, by identifying judicial independence with the institutional insulation provided federal judges, Brutus misread the proposed Constitution as one that would hermetically seal off the judiciary from the influence of the other branches. This almost certainly was neither Madison’s intention nor was it achieved by the Constitution. FEREJOHN, J. *Independent Judges, Dependent Judiciary*, op. cit., p. 357.

judicial também a protege e a promove.⁶⁹³ Em última análise, a diferença entre a política que ameaça e a que protege e promove é calcada no cálculo político de custos e benefícios, como resume Trochev:

rulers – regardless of their authoritarian or democratic pedigree – create and tolerate new constitutional courts as long as the later: (a) provide important benefits for the new rulers, and (b) do not interfere too much with public policies.⁶⁹⁴

A percepção da natureza política que está na base do poder judicial é a essência da segunda característica. Afinal, a política é a arte da busca dos consensos e da agregação, não do confronto direto. Portanto, esse reconhecimento da natureza política do poder Judiciário nos leva à característica inerente a todas as experiências bem sucedidas de construção do Judiciário: o caráter preponderantemente **cooperativo** da atuação judicial. Ou seja, uma postura marcadamente mais produtiva e agregadora do que combativa em relação aos demais atores constitucionais. Na síntese precisa de Crowe: “*Regardless of the specific interest at hand, it is clear that politicians have traditionally viewed the judiciary as a potential **partner** in, rather than an **obstacle** to, their governing coalition.*”⁶⁹⁵

Com isso podemos responder as perguntas formuladas por Hall: *when is the Supreme Court powerful and when is it not? What factors distinguish those situations in which the Court is resisted, undermined, or simply ignored from those in which the Court initiates sweeping political and social change?*⁶⁹⁶ As cortes são relevantes e poderosas quando atuam em cooperação com os demais poderes; e resistidas ou ignoradas quando os afrontam de forma continuada.

A lógica da separação de poderes demanda a cooperação das Cortes constitucionais, como também reconhece Ferejohn ao dizer que: “*the Constitution instituted a complex set of interdependencies among the major departments of government, permitting each branch to exercise its assigned functions, but **requiring them to enlist the cooperation of other branches for certain purposes.***”⁶⁹⁷

⁶⁹³ FRIEDMAN, B. “The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction’s Political Court.” Public Law and Legal Theory Working Paper Series. Paper n. 49. 2002. p. 3. “politics can threaten judicial independence, but can also serve to protect it”.

⁶⁹⁴ TROCHEV, Alexei. *Judging Russia: Constitutional Court in Russian Politics, 1900-2006*, Cambridge, 2011, p. 6.

⁶⁹⁵ CROWE, Justin. *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development*. Op. cit., p. 274.

⁶⁹⁶ HALL, Matthew, E. *The Nature of Supreme Court Power*. New York: Cambridge University Press. 2011. p. 5.

⁶⁹⁷ FEREOHNS, J. *Independent Judges, Dependent Judiciary*. Op. cit., p. 357. Em outra página do mesmo trabalho, Ferejohn qualifica a Constituição como as regras da cooperação entre as pessoas. “If we think of the Constitution as laying out fair terms of social and political cooperation among people...” p. 367.

A dificuldade da doutrina convencional em enxergar esse caráter cooperativo da jurisdição constitucional decorre da miopia a qual nos referimos acima, que acaba levando a teoria a focar em uma suposta relação combativa e antagonista entre os poderes, em que o legislativo estaria constantemente preocupado em disciplinar o Judiciário, enquanto o Judiciário estaria utilizando tanto o poder concedido pela norma maior – Constituição – quanto o caráter persuasivo de sua argumentação, para ampliar o seu poder em detrimento do legislativo e do executivo.

O poder do Poder Judiciário precisa ser percebido pelo que ele é para que a teoria constitucional se aproxime da prática constitucional. Reconhecê-lo como político e cooperativo impõe duas conclusões. A primeira delas, não se pode imaginar o Judiciário como acima da política e, com isso, depositar nele as esperanças de realização dos grandes valores de uma sociedade democrática (justiça, liberdade e igualdade) enquanto os demais poderes – executivo e legislativo – são descartados como corruptos, ineficientes, ilegítimos, e não funcionais. O Judiciário é parte da política e as chances dele atuar de forma heroica enquanto os demais se esvaem é inexistente. As soluções mais concretas e definitivas passam pela democracia.⁶⁹⁸ Segundo, justamente por cooperar com esses poderes, sua capacidade de atuar resguardando direitos fundamentais do processo majoritário é limitada. Para fazê-lo, ele precisaria ser isolado da política de modo a não precisar cooperar com os poderes eleitos. Não é esse o caso. A cooperação é condição *sine qua non* do processo de empoderamento e expansão do Judiciário. De todas as razões para expandir o poder, apenas as enfatizadas pela teoria normativa poderiam ser consideradas puramente “altruístas”. Todas as demais empoderam o Judiciário pressupondo, em um cálculo político feito pelos atores constitucionais, mais vantagens do que desvantagens.⁶⁹⁹ Sem que as cortes entreguem essas vantagens para os múltiplos atores, o incentivo que eles têm para empoderar o Judiciário se perde, e esse poder também. Na síntese de Ferejohn: *“Interest-based explanations essentially argue that the reason judges are*

⁶⁹⁸ FERREJOHN, J. Independent Judges, Dependent Judiciary. Op. cit., p. 371. These considerations suggest that it will continue to be very difficult to achieve a circumstance in which powerful economic and social interests are unable to infringe on legal processes. They also suggest that the instrument that is most capable of regulating or controlling these nongovernmental forces is democratic government itself. The widely accepted norm of political equality makes it at least plausible that the popular branches of government will seek to limit private interference with judges by punishing judges who take bribes or regulating the ways that private interest can influence the application of legal rules. Moreover, the democratic branches may sometimes even place limits on income or wealth inequalities.

⁶⁹⁹ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of the New Constitutionalism. Op. cit., p. 105. Moreover, what I have called the “hegemonic preservation” thesis serves as a reminder that seemingly humanitarian constitutional reforms often mask an essentially self-serving agenda.

*independent is that it is somehow in the interests of those with power that they should be.*⁷⁰⁰

Não existe uma característica intrínseca ao Judiciário que o torna especial e necessário na balança de poderes. Hirschl, Ferejohn, Rogers, Whittington, Graber, dentre outros, capturaram a resposta parcialmente, e Ginsburg foi o que mais perto chegou dela. O Judiciário precisa tutelar bens de grupos suficientemente fortes para promover a expansão desse poder, ou, pelo menos, tutelar os bens de grupos que, embora não sejam majoritários, sejam pelo menos suficientemente fortes para bloquear a formação de maiorias capazes de ameaçar a independência do judiciário.⁷⁰¹ Ou seja, ele precisa cooperar e ser útil para se desenvolver e se manter relativamente independente.

Contudo, justamente as minorias que legitimam o exercício do controle de constitucionalidade na teoria constitucional são aquelas que não têm força nem para expandir esse poder nem para bloquear iniciativas de redução do mesmo. Portanto, a capacidade do Judiciário de tutelar essas minorias é limitada, na medida em que esses interesses forem de encontro à vontade dos atores com poder para sustentar a independência judicial. Para fazê-lo, precisará cooperar e expandir sua legitimidade com esses atores, para então, alçado à condição de um ator relevante, ter força para atuar de forma contramajoritária/contrarrepresentativa sem criar hostilidade suficiente para incentivar os atores poderosos a lhe retirarem poder. Ou seja, terá que equilibrar decisões cooperativas de um lado e, do outro, decisões de proteção a essas minorias, que contrariem as vontades dos poderes eleitos (contrarepresentativas) ou da maioria da população (“contramajoritárias”). Como alcançar esse equilíbrio será o tema do próximo capítulo.

O fundamental é perceber que muitos atores, por muitas razões, têm interesse em um Judiciário relativamente forte. O que nos leva a concluir que o Judiciário nem é irrelevante, como propusemos no primeiro capítulo, nem supremo, como propõem alguns

⁷⁰⁰ FERREJOHN, J. Independent Judges, Dependent Judiciary. Op. Cit. p. 376.

⁷⁰¹ The independence of the judiciary, as opposed to that of individual judges, is dependent on the “willingness” of the popular branches of government to refrain from using their ample constitutional powers to infringe on judicial authority. This willingness is usually preserved because the diversity and heterogeneity of American political parties usually makes it difficult to form constitutional majorities capable of infringing on judicial powers... sometimes – especially on issues relating to politically weak minorities – federal jurisprudence becomes unpopular throughout the political spectrum. The evolution of protections for the rights of accused criminals or third world immigrants are examples of such situations. FERREJOHN, J. Independent Judges, Dependent Judiciary, op. Cit., p. 382.

teóricos. Como ressalta Hall: “*The true nature of the Court’s power most likely lies somewhere between these extremes*”.⁷⁰²

⁷⁰² HALL, Matthew, E. *The Nature of Supreme Court Power*. New York: Cambridge University Press. 2011. p. 5.

3 O CAPITAL INSTITUCIONAL. A CLASSIFICAÇÃO DAS DECISÕES E A QUOTA DE DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS

Devemos ter serenidade para aceitar as coisas que não podemos mudar, ter coragem para mudar as que podemos, e sabedoria para saber diferenciá-las.

A introdução deste trabalho salientou o estágio atual da relação entre o direito e ciência política e demonstrou que essa reaproximação exige que algumas premissas do constitucionalismo contemporâneo sejam reavaliadas. Já revimos uma das premissas que perde sustentabilidade nesse reencontro: a natureza do Poder Judiciário como guardião da Constituição, supostamente realizada a partir da sua capacidade de atuar de forma contramajoritária, contendo os excessos de maiorias quando essas suprimirem os direitos e garantias das minorias. Foi enfatizada a tese defendida por Alexander Hamilton, Felix Frankfurter, Robert Dahl, McCloskey e outros, de que o Judiciário de fato é o mais fraco dos poderes e sua capacidade de tutelar direitos em face da agressão das maiorias é extremamente limitada.⁷⁰³

A segunda etapa deste trabalho buscou ser o contraponto e foi dedicada a compreender por que, se o Judiciário é o mais fraco dos poderes, fala-se tanto em supremacia judicial, e até supremocracia. Como superar esse aparente paradoxo? A partir da análise minuciosa do desenvolvimento do Judiciário pelo mundo, concluímos que as Cortes são essencialmente frágeis, mas podem se tornar fortes a partir de sua atuação cooperativa. É a cooperação com os agentes constitucionais que torna o Judiciário forte e independente. A própria estrutura da separação de poderes em seu modelo de “freios e contrapesos”⁷⁰⁴ demanda que as cortes sejam cooperativas. Em suma, o Judiciário pode ser forte, mas para isso precisa cooperar.

⁷⁰³ KLARMAN, Michael. J. “Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions.” *Virginia Law Review* 82. Fevereiro. 1996. p. 22. “It is revealing that a whole generation of eminent scholars and judges (...) forcefully questioned the extent of the Court’s capacity to protect individual liberties from majoritarian overreaching – for example, Felix Frankfurter, Learned Hand, Robert Dahl, Henry Steele Commager, John Frank, H.B. Mayo, and Loren Beth...”

⁷⁰⁴ Como bem explicam Voigt e Salzberger, “it is important to distinguish between various sorts of separation of powers. Structures of government in which different branches can decide independently of the other branches in different areas (a rigid separation of powers) need to be distinguished from structures in which a joint decision is needed (a model of checks and balances). It is the latter type of separation of powers that is endorsed as a hallmark of liberalism, and has been interpreted as a constraint on politicians for the benefit of the citizens.” VOIGT, Stefan, e SALZBERGER, Eli M. *Choosing not to Choose: When Politicians Choose to Delegate Powers*. Op. cit., p. 292.

Ora, nem a constatação feita no primeiro capítulo de que o judiciário é fraco e incapaz de atuar como guardião da Constituição, nem a constatação de que o eventual desenvolvimento de sua força depende de uma atuação cooperativa resolvem a questão normativa fundamental: como o Judiciário se legitima no plano teórico sem a capacidade de proteger sempre que necessário os direitos fundamentais?

Em outras palavras, qual seria o espaço do Judiciário no constitucionalismo democrático? Nem democrático, pela sua arquitetura constitucional isolada da pressão imediata dos eleitores, nem contramajoritário por sua incapacidade institucional. Como, então, encontrar essa posição para o Judiciário que o legitime no constitucionalismo democrático?

Essas questões não são novas. E certamente este trabalho não pretende resolvê-las em definitivo. O objetivo é propor novas ferramentas a partir das quais se possa enxergar esse tema.

Para propor essa nova perspectiva, teremos que mudar o foco. De uma visão do empoderamento do Judiciário a partir dos atores que com ele interagem, iremos para uma perspectiva interna, assumindo, como defende Friedman, que o mais importante fator de influência da independência do Judiciário são as suas próprias ações. Nas palavras do autor *“the Court’s own actions determine the extent to which politics hold the Court to account.”*⁷⁰⁵

Faremos então uma breve análise do Poder e de seus elementos, para demonstrar que todo exercício de poder demanda a utilização ou “gasto” de um bem, recurso ou instrumento que o viabiliza. Com essa compreensão, iremos apresentar o recurso à disposição do Judiciário para o seu exercício de Poder: o capital institucional, principal elemento do capital político das Cortes. A partir da compreensão do capital político das instituições em geral e do judiciário em particular, veremos que as instituições não são estáticas, mas dinâmicas. Elas se desenvolvem e ampliam o seu poder ou se retraem e perdem esse mesmo poder conforme a sua atuação no tabuleiro constitucional e o gasto dos seus recursos. Com isso em mente, a questão deixa de ser apenas se normativamente a Suprema Corte deve ou não atuar; mas também se a sua atuação terá um custo alto ou

⁷⁰⁵ O texto foi levemente modificado. Na versão de Friedman ele se refere à Suprema Corte no período da reconstrução, e a sentença está no passado. *“the Court’s own actions determined the extent to which politics would hold the Court to account”*. FRIEDMAN, Barry. *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction’s Political Court*. Public Law and Legal Theory Working Paper Series. Paper n. 49. 2002. p. 5.

baixo no plano empírico. Surge uma nova camada de análise das decisões da Suprema Corte, agora relacionada inteiramente à política e à realidade.

Familiarizados com esse método, nossa proposta é demonstrar que o Judiciário nem é fraco e incapaz de atuar de forma contrária aos interesses dos atores políticos e constitucionais (contrarrepresentativa ou contramajoritária), nem é forte e todo poderoso, contido apenas pela “consciência dos próprios juízes”. Tudo depende do seu estoque de capital institucional e do custo da decisão a ser tomada.

A percepção do custo das decisões e como ela deve compor a análise das decisões de Cortes constitucionais sintetiza este trabalho.

3.1 Breve análise do Poder na Ciência Política

Não há espaço nem tempo para uma análise ampla do Poder e seu conceito, tema tão rico que já foi estudado na filosofia, na ciência política e até na psicanálise.⁷⁰⁶ Nosso foco é apenas o Poder visto pela ciência política, ou seja, o Poder em sentido social, na relação do homem com outros homens.

Três teóricos estudaram o Poder nesse sentido, a partir de perspectivas distintas, e podem, em conjunto, nos fornecer os contornos do termo. Thomas Hobbes, no *Leviatã*, definiu que o Poder consiste nos meios de alcançar algo que se queira. Essa abordagem, qualificada como substancialista,⁷⁰⁷ concebe o poder como um objeto, bem ou substância que se possui. Enfatiza, portanto, “*a posse de instrumentos aptos a consecução de fins almeçados*”.⁷⁰⁸ Com foco menos no objeto e mais na ação ou capacidade de agir, John Locke analisou o poder a partir da capacidade ou possibilidade de utilizar esse “bem” para alcançar o resultado desejado. O Poder não seria apenas um objeto, mas também a capacidade, atual ou potencial, de utilizá-lo. A maneira como se utiliza o bem é a ênfase dessa segunda teoria. E por fim, na perspectiva relacional, cujo expoente é Robert Dahl, o Poder só existe na relação entre indivíduos ou grupo de indivíduos. Para Bobbio, adepto

⁷⁰⁶ Não há espaço para estudos que focam, por exemplo, na análise do poder que um indivíduo exerce sobre si mesmo, ou estudos que utilizam conceitos psicanalíticos de origem freudiana para examinar a relação entre poder e personalidade. Nosso foco é apenas o poder em sentido social, ou seja, na relação do homem com outros homens. Ver o verbete “Poder” em BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. Trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13. ed., 4ª reimpressão, 2010 e também em BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*, Op. Cit., pp. 933-942.

⁷⁰⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*, Op. cit., p. 640.

⁷⁰⁸ BOBBIO, Norberto, et al. *Dicionário de Política*, Op. cit., p. 934.

dessa perspectiva, o Poder não é um objeto ou a posse dele, mas uma relação entre indivíduos em que o comportamento de um deles é conformado pela vontade do outro.⁷⁰⁹

O Poder tem, portanto, sujeitos (quem condiciona e é condicionado), ação (capacidade atual ou potencial) e um instrumento pra sua realização, e pode ser definido como a capacidade, atual ou potencial, de voluntariamente⁷¹⁰ impor um comportamento ou influenciar a ação de outro indivíduo, para conformar esse comportamento ou ação a sua vontade.

Em muitos contextos, palavras como autoridade, influência ou prestígio são utilizadas como equivalentes a Poder.⁷¹¹ Mas conceitualmente não são sinônimos, e sim bens ou modos de exercê-lo. Para distinguir esses bens ou recursos e os métodos de exercício do Poder do conceito precisamos explicar melhor os dois primeiros.

Como vimos, Hobbes ressaltava em seu conceito os bens ou instrumentos necessários para o exercício do Poder, enquanto Bobbio afastou esses bens do conceito de poder. Ora, apesar de retirá-los do conceito, Bobbio não deixa de considerá-los fundamentais para o seu exercício. Não há capacidade de exercer Poder sem os recursos necessários para tanto. Riqueza, força, informação, prestígio, legitimidade, popularidade e até amizade são alguns dos exemplos desses bens ou recursos que Bobbio considera instrumentais para viabilizar o exercício do Poder:

(..) o Poder social, em seu sentido mais amplo, é a capacidade de determinação intencional ou interessada no comportamento dos outros.
Quando podemos dizer, de verdade, que tal capacidade existe?
Antes de tudo, é necessário que A tenha à sua disposição recursos que podem ser empregados para exercer o Poder. **Os recursos deste tipo são numerosos: riqueza, força, informação, conhecimento, prestígio, legitimidade, popularidade, amizade, assim como ligações íntimas com pessoas que têm altas posições de Poder.** Mas não basta. A capacidade de A depende também da habilidade pessoal de converter em Poder os recursos à sua disposição. Nem todos os homens ricos têm a mesma habilidade em empregar recursos econômicos para exercer Poder.⁷¹²

⁷⁰⁹ BOBBIO, Norberto, et al. *Dicionário de Política*, Op. cit., p. 934. “não se podem aceitar as definições que, inserindo-se numa tradição que remonta a Hobbes, ignoram este caráter relacional e identificam o Poder social com a posse de instrumentos aptos à consecussão de fins almejados. (...) não existe Poder, se não existe, ao lado do indivíduo ou grupo que o exerce, outro indivíduo ou grupo que é induzido a comportar-se tal como aquele deseja. (...) o meu Poder não reside numa coisa, mas no fato de que existe um outro e de que este é levado por mim a comportar-se de acordo com os meus desejos. O Poder social não é uma coisa ou a sua posse: é uma relação entre pessoas.”

⁷¹⁰ Incluímos em nosso conceito o termo “voluntariamente” porque, embora a atitude do sujeito passivo possa ser alterada pelo agente de forma não intencional, a ciência política está preocupada apenas com o poder exercido intencionalmente, sob pena de ampliar de forma demasiada e prejudicial a análise. BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*, Op. cit., p. 641.

⁷¹¹ Ibid., p. 640.

⁷¹² BOBBIO, Norberto, et al. *Dicionário de Política*, Op. cit., p. 937.

A caracterização do Poder como econômico, ideológico, político e legal, por exemplo, nada mais faz do que qualificá-lo justamente a partir dos bens, instrumentos ou recursos que viabilizam o seu exercício. Propriedade e riqueza no poder econômico; conhecimento, doutrinas, teorias e crenças no ideológico;⁷¹³ força e persuasão no político; e a lei no legal.

No exercício do Poder, costuma-se empregar mais de um desses recursos ao mesmo tempo. Riqueza, prestígio e informação podem se reunir para um determinado exercício de Poder, por exemplo, o que nos leva a perceber que quanto mais recursos ou instrumentos se possui, maior é a probabilidade de que se tenha mais Poder.⁷¹⁴ Por isso Bobbio coloca que *“toda a forma de Poder é habitualmente a expressão de uma desigualdade de recursos”*.⁷¹⁵

Em suma, a percepção de Hobbes permanece essencial: há sempre um bem, instrumento ou recurso sem o(s) qual (ais) não há exercício do Poder.

Tão importante quanto o bem ou recurso a ser utilizado para exercer Poder é a forma de agir ou o método a ser empregado para esse exercício.⁷¹⁶ O método ou modo de exercer o Poder foi enfatizado pela perspectiva de Locke, que colocou no centro do seu conceito a ação ou capacidade de agir. Bobbio ressalta que esses métodos ou modos de agir são muitos e variam *“da persuasão à manipulação, da ameaça de uma punição à promessa de uma recompensa”*.⁷¹⁷ Há quem circunscreva como único método de exercício do Poder a coação. Para esses, Poder e influência, por exemplo, são coisas distintas. Aqui concordamos com Bobbio, e entendemos que essa distinção é mero jogo de palavras sem maiores efeitos práticos.⁷¹⁸ Nosso conceito de Poder é amplo e admite como

⁷¹³ BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*, Op. cit., p. 641.

⁷¹⁴ “A assimetria ou desigualdade advém do controle diferenciado dos recursos de poder, especialmente a propriedade ou a posse de bens que têm significado econômico, o conhecimento e a coerção física, em decorrência dos quais é possível que se estabeleçam os comportamentos positivos e negativos do sujeito passivo da relação de poder à vontade tácita, expressa ou presumida do sujeito ativo. Mesmo o controle dos recursos econômicos e o dos recursos de informação no seu sentido mais amplo, inclusive os conhecimentos científicos e tecnológicos, permitem o exercício da coerção, submetendo o dominado a sanções. Idem.

⁷¹⁵ BOBBIO, Norberto, et al. *Dicionário de Política*, Op. cit., p. 939.

⁷¹⁶ Ibid., p. 937. “De tudo que se disse até agora fica evidenciado que o Poder não deriva simplesmente da posse ou do uso de certos recursos mas também da existência de determinadas atitudes dos sujeitos implicados na relação. Essas atitudes dizem respeito aos recursos e ao seu emprego e, de maneira geral, ao Poder.”

⁷¹⁷ Ibid., p. 938.

⁷¹⁸ BOBBIO, Norberto, et al. *Dicionário de Política*, Op. cit., p. 938 “Alguns autores preferem falar de Poder só quando a determinação do comportamento alheio se funda sobre a coação. Neste sentido, se distingue, às vezes, entre Poder e influência. Mas a palavra influência é empregada em muitos sentidos diferentes, tanto na linguagem comum, como na linguagem técnica. E são numerosos os casos em que se emprega o termo

modo de exercício a influência, a manipulação,⁷¹⁹ a persuasão, a coação, ou seja, qualquer método que conforme a vontade alheia à vontade do agente.

A forma como se exerce o Poder é fundamental, pois define se os bens que se possui para esse exercício serão otimizados ou não. Como ressaltou Bobbio, “*A capacidade de A depende também da habilidade pessoal de converter em Poder os recursos à sua disposição. Nem todos os homens ricos têm a mesma habilidade em empregar recursos econômicos para exercer Poder*”.⁷²⁰ Essa habilidade em empregar os bens para o exercício do Poder consiste justamente na escolha do método mais eficaz para cada situação. Em geral, métodos que induzem o consentimento do sujeito passivo são mais eficientes do que o uso direto da força, que é provavelmente o método mais custoso do uso do Poder.⁷²¹ Tão custoso é o exercício do Poder pela força, que para alguns, quando se chega a esse método não seria mais nem possível falar em exercício do Poder.⁷²²

Bobbio sugere que existem dois tipos de métodos de exercício do Poder. Os métodos que mantêm a conflitualidade, e os métodos que a desfazem. Essa divisão pressupõe dois momentos. O momento inicial, anterior ao exercício do Poder, em que necessariamente teremos duas vontades divergentes (Se a vontade do sujeito passivo fosse congruente com a vontade do sujeito ativo, então este não precisaria exercer seu Poder para conformar a vontade daquele), e o momento posterior ao exercício do Poder, em que pode ou não existir congruência de vontades. Dois métodos exemplificam o ponto: a persuasão e a ameaça de punição. Em ambos os exemplos o sujeito ativo deseja que o paciente tenha o comportamento X, mas o paciente deseja, no momento inicial, ter o

Poder para denotar relações não coercitivas; pode-se falar de um Poder baseado na persuasão. A verdade é que neste aspecto, o problema essencial se arrisca tornar-se uma simples questão de palavras”.

⁷¹⁹ Ibid., p. 934. “A pode provocar um determinado comportamento de B sem manifestá-lo explicitamente; pode até esconder de B que ele deseja esse comportamento e sem que B se dê conta de que está se comportando segundo a vontade de A. isto pode verificar-se, por exemplo, em certos casos de propaganda camuflada. Este tipo de relação, que habitualmente é conhecido pelo nome de MANIPULAÇÃO, entra, certamente, no âmbito do conceito do Poder.”

⁷²⁰ Ibid., p. 937.

⁷²¹ Embora ele chame de recurso o que na verdade é um método de utilização de recursos, a conclusão sobre a eficiência dos métodos é similar a nossa. “o recurso (sic) mais eficiente, em termos de manutenção da dominação, é o controle ideológico, que implica o consentimento do dominado, e a coerção física é o recurso (sic) mais custoso.” BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*, Op. cit., p. 641.

⁷²² “No caso, por exemplo, do Poder coercitivo, B tem o comportamento desejado por A, só para evitar um mal de ameaça: embora o comportamento não seja livre, B executa-o e por isso é dotado de um mínimo de voluntariedade. Isto permite distinguir entre o exercício do Poder coercitivo e o emprego direto da força ou VIOLÊNCIA. Neste último caso, A não modifica a conduta de B, mas modifica diretamente seu estado físico: mata-o, fere-o, imobiliza-o, aprisiona-o, etc. É sabido que, nas relações sociais e políticas, se recorre muitas vezes à força quando não se consegue exercer o Poder.” BOBBIO, Norberto, et al. *Dicionário de Política*, Op. cit., p. 935.

comportamento Y. Na persuasão, o sujeito ativo persuade o paciente a modificar a sua vontade, e, no momento final, este desejará X e irá se comportar conforme a sua própria vontade, que sofreu a interferência do sujeito ativo. Trata-se de um método que desfaz o conflito entre as vontades. Já na ameaça de punição isso não ocorre. O sujeito passivo continua desejando se comportar da maneira Y, mas conforma sua vontade a X para evitar a punição. Aqui o Poder é exercido, mas mantendo o padrão inicial de conflito entre as vontades.⁷²³ Essa distinção é importante porque os métodos em que o conflito é desfeito costumam ser menos custosos do ponto de vista dos recursos ou bens empregados na sua realização. O exercício do Poder que mantém o conflito precisa ser constante e reiterado, o que faz com que consuma mais recursos que aquele que modifica a vontade do sujeito passivo.

Ou seja, o exercício do Poder é uma tarefa complexa, que envolve a escolha de diferentes bens ou instrumentos (dinheiro, riqueza, leis, exército, força, prestígio, legitimidade, popularidade, autoridade, reputação,⁷²⁴ etc.) e de diferentes métodos (influência, persuasão, negociação, manipulação, coerção, ameaça, promessa, etc.) para,

⁷²³ BOBBIO, Norberto, et al. *Dicionário de Política*, Op. cit., p. 939. “O problema da conflitualidade do Poder está ligado, ao menos parcialmente, com os modos específicos através dos quais se determina o comportamento alheio. As relações de Poder são necessariamente de tipo antagônico? Do conflito entre a vontade de A e de B podemos falar, referindo-nos ao momento em que A inicia a tentativa de exercer Poder sobre B ou tendo em conta o momento em que B executa o comportamento pretendido por A: no momento inicial ou no momento final do exercício do Poder. Ora, que exista um conflito inicial entre a vontade de A e a vontade de B está implícito na definição de Poder: B tria agido de maneira diferente daquela com que foi induzido a agir por A. O problema que interessa é saber se existe necessariamente um conflito entre a vontade de A e a de B, mesmo no momento final. Colocada assim em termos precisos, a pergunta não pode ter senão uma resposta negativa: a conflitualidade ou não conflitualidade depende do modo de exercer o Poder. Consideremos, por exemplo, um exercício baseado sobre a persuasão, de um lado, e um exercício baseado sobre a ameaça de punição, do outro. Em ambos os casos, por definição, B teria tido – não havendo intervenção de A – um comportamento (que chamados (a) diferente de (b)) que proviria como consequência de tal intervenção. Mas, no caso do Poder de persuasão, B, após a intervenção de A, prefere b a a e, tendo b, se comporta como é de seu agrado se comportar. Por outras palavras, B atribui maior valor ao comportamento que tem depois da intervenção de A do que ao comportamento que teria tido sem tal intervenção. Por consequência podemos dizer que não existe conflito de vontade entre A e B. Bem ao contrário, no caso do Poder baseado sobre ameaça de punição, B, após a intervenção de A, continua a preferir a a b e tem o segundo comportamento não porque o prefira simplesmente ao primeiro, mas prefere-o ao primeiro sem a ameaça de punição feita por A (a-p). Por outras palavras, B atribui menor valor ao comportamento que tem depois da intervenção de A do que ao comportamento que teria tido na ausência de tal intervenção. Podemos dizer, por isso, que nesta relação de Poder existe um conflito de vontade entre A e B.”

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 938. “As percepções ou imagens sociais do Poder exercem uma influência sobre fenômenos do Poder real. A imagem que um indivíduo ou um grupo faz da distribuição do Poder, no âmbito social a que pertence, contribui para determinar o seu comportamento, em relação ao Poder. Neste sentido, a reputação do Poder constitui um possível recurso do Poder efetivo. A pode exercer um Poder que excede os recursos efetivos que tem à disposição e a sua vontade e habilidade em transformá-los em Poder, se aqueles que estão debaixo do seu Poder reputam que seus recursos, sua vontade ou sua habilidade mostram.” Eu entendo que essa explicação se aplica não apenas à reputação, mas a outros bens como a legitimidade, a popularidade e o prestígio.

combinados, tornarem o agente capaz de conformar o comportamento ou ação do sujeito passivo de acordo com a sua vontade.⁷²⁵

Tendo visto o conceito de Poder e os dois elementos necessários para o seu exercício (recursos ou bens e o método ou forma de ação), podemos passar para o último ponto de nossa análise: a mensuração do Poder.

Dentre os diversos parâmetros de mensuração possíveis, o que nos interessa é o que se preocupa com a probabilidade de sucesso na conformação do comportamento do sujeito passivo, ou, como coloca Bobbio, “*Quanto mais provável for que B reaja positivamente às ordens e às diretrizes de A, tanto maior é o Poder de A sobre B*”.⁷²⁶

A importância dessa medida está na variável que precisa ser analisada na mensuração adequada do Poder: o seu custo. Justamente por sempre envolver recursos ou bens, todo exercício de Poder tem um custo, que se relaciona à “quantidade” de bens ou recursos necessários para que esse exercício seja bem sucedido.

(..) para medir o Poder de um modo adequado, convém levar em conta, também, **os custos que pesam sobre A, para tentar exercer Poder sobre B e também a sua força, que seriam os custos que pesariam sobre B no caso de este se recusar a ter o comportamento desejado por A.** E não há dúvida de que esta colocação do problema enriquece as possibilidades de mensuração fornecidas pelas dimensões do Poder...⁷²⁷

O famoso “*court packing plan*” ilustra bem o ponto. Roosevelt conseguiu fazer com que a Suprema Corte Americana aceitasse o *New Deal*, e, por esse ângulo, o presidente exerceu de forma bem sucedida o seu poder. Por outro lado, há quem entenda que a vitória foi do Judiciário, na medida em que os custos para o presidente foram altos demais e lhe drenaram recursos importantes (prestígio, popularidade, etc.).

Familiarizados com o conceito de Poder, os bens necessários ao seu exercício, as diversas formas com ele podem ser exercidas, bem como a sua mensuração e o seu custo, podemos dar o passo seguinte.

⁷²⁵ BOBBIO, Norberto, et al. *Dicionário de Política*, Op. cit., p. 937. “Esta habilidade [de otimizar os recursos utilizando o método apropriado] pode dizer respeito à utilização de um determinado recurso ou de vários recursos. (...) Assim, nas relações internacionais, os Poderes recíprocos de dois Governos podem não ser proporcionais aos recursos humanos, econômicos e militares que os dois Governos têm respectivamente à disposição, porque um dos Governos é mais habilidoso na utilização de um recurso importante ou no emprego combinado de vários recursos...”.

⁷²⁶ Ibid., p. 939.

⁷²⁷ Ibid., p. 940.

3.2 O conceito de Capital Institucional

James Gibson, em seu trabalho sobre as instituições judiciais, afirmou que “*All institutions need political capital in order to be effective, to get their decisions accepted by others and be successfully implemented*”.⁷²⁸ Se o capital político é necessário para que as decisões das instituições sejam aceitas e implementadas, ele, na verdade, é necessário para que as instituições exerçam poder. Fica claro, pelo exposto no item anterior deste capítulo, que o capital político é o conjunto de bens, recursos ou instrumentos referidos por Hobbes como necessários ao exercício do poder político.

Definir o capital político como um conjunto de bens necessários ao exercício do poder por uma instituição não é suficiente. Ainda precisamos explorar quais bens integram esse conjunto. Essa tarefa é complexa por dois motivos. Primeiro porque é impossível apresentar a lista completa desses bens, e segundo porque cada instituição tem o seu conjunto específico. O executivo, por exemplo, controla os agentes estatais de coerção (normalmente, a polícia e o exército), ou seja, possui a força como um dos recursos para exercer poder. Já o legislativo possui outro bem de alto valor no exercício do poder político: o controle da riqueza. Por controlar as finanças do Estado, esse bem se incorpora ao capital político do legislativo.

Se cada instituição possui um conjunto específico de bens que compõem o seu capital político, nossa análise ficará circunscrita aos bens que compõem o capital político do Judiciário, ou seja, aos recursos que estão disponíveis para o exercício do Poder Judicial.

Para encontrar esse conjunto, precisamos voltar aos exemplos de bens apresentados por Bobbio e explorados no item anterior: dinheiro, riqueza, exército, força, prestígio, informação, legitimidade, popularidade, reputação, etc.

Dentre esses exemplos, sabemos que o Judiciário não controla o dinheiro, a riqueza, o exército nem a força. Mas uma rápida reflexão deixa claro que os demais bens listados: prestígio, legitimidade, popularidade, informação e reputação integram o capital político de todas as instituições políticas, em maior ou menor grau, e, portanto, certamente fazem parte do capital político do Judiciário.⁷²⁹

⁷²⁸ GIBSON, James L. Judicial Institutions. in RHODES, R. A. W., BINDER, Sarah A., ROCKMAN, Bert A. The Oxford Handbook of Political Institutions, Oxford University Press: New York, 2008. pp. 524-525.

⁷²⁹ Resumindo esse conjunto de bens na ideia de autoridade, Pildes foi preciso ao dizer que “It is true of all public institutions, of course, that in some sense they continue to exist and maintain their authority only because “the people” are willing to accept that authority (or, the perceived costs of destroying that authority

Esse conjunto de bens comum a todas as instituições que abrange prestígio, legitimidade, popularidade, autoridade, reputação, dentre outros, pode ser denominado de capital institucional. O capital institucional é um subconjunto de bens contido no capital político, podendo este último ser composto de outros bens ou apenas daquele.⁷³⁰ O capital político das instituições é constituído, então, pelo somatório de seus vários bens e um subconjunto específico denominado capital institucional.

O primeiro ponto a ser destacado sobre o capital institucional diz respeito à inexistência de uma definição precisa para o termo. Nenhum dos diversos artigos e livros pesquisados para esse trabalho sequer propôs um conceito, embora dois deles o mencionem expressamente.⁷³¹ Por isso nosso conceito é abrangente e não tem o propósito de excluir as múltiplas ideias trabalhadas pelos autores que se aproximam do conceito de capital institucional e que serão utilizadas na sequência como sinônimos dele, seja por estarem contidos no capital institucional,⁷³² seja porque transmitem a mesma ideia, ou ainda porque o rol de bens que listamos, baseado nos exemplos de Bobbio, também não tem a pretensão de ser exaustivo ou definitivo.⁷³³ Portanto, para compreender melhor o que significa o capital institucional, precisamos compilar a enorme variedade de ideias que, juntas, tornam o seu conceito mais completo e preciso.

Max Weber, por exemplo, indica uma estrutura próxima a que sugerimos para os bens que integram o capital institucional do Judiciário. Segundo o autor, existem três fontes “puras” de poder: a legal, a tradicional e a carismática. Deixando de lado por ora a fonte legal, para Weber a fonte tradicional se baseia na “santidade de tradições imemoriais e na legitimidade do *status* daqueles que exercem essa autoridade”;⁷³⁴ e a fonte

are greater than the harms imposed from particular decisions).” PILDES, Richard H. “Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution?” (2011). New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 251. http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/251. p. 44.

⁷³⁰ Podemos exemplificar essa dinâmica a partir do executivo e do legislativo. O capital político do Poder Executivo é composto da força e do seu capital institucional; enquanto o capital político do Legislativo é composto da riqueza e do seu capital institucional. E em ambos os casos, esse rol não é exaustivo.

⁷³¹ MATE, Manoj. WRIGHT, Matthew. The 2000 presidential election controversy. In. PERSILY, Nathaniel. CITRIN, Jack. EGAN, Patrick J. Public Opinion and Constitutional Controversy. New York: Oxford University Press. 2008. p. 348. e CHOPER, Jesse H. Judicial Review and the National Political Process. Chicago: The University of Chicago Press, 1980. p. 139.

⁷³² Como é o caso da popularidade, do prestígio ou da legitimidade, que são regularmente utilizados no mesmo sentido que empregamos o “capital institucional”.

⁷³³ Assim como dissemos em relação ao capital político, podem existir outros bens que integrem o conjunto do capital institucional. São dois conjuntos abertos.

⁷³⁴ Murphy explica a fonte tradicional como “resting on an established belief in the sanctity of immemorial traditions and the legitimacy of the status of those exercising authority under them;”. MURPHY, Walter F. Elements of Judicial Strategy. Chicago: The University of Chicago Press, 1964. p. 12.

“carismática” seria a capacidade de encantar e manter-se popular.⁷³⁵ Em nossa leitura, tanto a tradição quanto o carisma nada mais são do que sinônimos dos bens que integram o capital institucional: reputação, prestígio, popularidade e legitimidade.

Walter Murphy, em seu clássico estudo *“Elements of Judicial Strategy”*⁷³⁶ faz justamente essa associação. Segundo ele, o poder do Judiciário depende das duas fontes de poder listadas por Weber,⁷³⁷ a tradição e o carisma, resumidas em seu trabalho no conceito de “prestígio”. Terri Peretti, por exemplo, citando Murphy, demonstra que para ele, duas das fontes do poder judicial seriam justamente o prestígio e a “autoridade legal”.⁷³⁸

Se Murphy analisa o capital institucional pelo viés do prestígio, Barry Friedman já o faz pelo viés da popularidade. Embora também não se refira expressamente ao capital institucional, Friedman analisa o poder das Cortes a partir de um dos elementos desse capital: a popularidade.⁷³⁹

Jeffery Mondak, um dos principais estudiosos sobre o tema, defende que dentre as instituições políticas americanas, a Suprema Corte é a que permanece dependente, de forma única, de uma “*commodity*” complexa e amorfa, que ele chama de “legitimidade institucional”.⁷⁴⁰ Essa legitimidade institucional é relacionada ao capital político, e vista por muitos como uma “moeda política”. Mondak conclui sua definição dessa legitimidade associando a sua quantidade a um estoque de capital.⁷⁴¹ Em outro trabalho, o autor foi claro ao afirmar que: *“The Supreme Court’s public esteem has been posited to function as*

⁷³⁵ Murphy explica a fonte carismática da seguinte forma: “those whose claims rest on the peculiar personal magnetism of a ruler “touched with grace.” (...) The “cult of the robe,” the concept of the judge as a high priest of justice with special talents (...) forms a sort of institutional charisma which is bestowed on judges with their oath of office.” *Idem.*, p. 12-3.

⁷³⁶ *Idem.*

⁷³⁷ *Idem.* “Like that of many other agencies of government, the authority of the Supreme Court partakes of all three claims to legitimacy.”

⁷³⁸ Em sua colocação, Peretti não foi técnica. O que ela chamou de fontes do poder judicial são justamente os bens ou recursos necessários ao seu exercício. E o que ela chamou de instrumentos na verdade são os métodos. Apesar disso, o importante é perceber como essa linguagem dos bens que viabilizam o poder é corrente entre os estudiosos do tema. PERETTI, T. In *Defense of a Political Court*. pos. 1604. “As Murphy explains, a justice seeking to achieve a policy objective must be cognizant of and successfully employ the sources of judicial power (e.g., prestige, legal authority, the power to legitimate contested policies) and the instruments of judicial power (e.g., decisionmaking choice, opinion writing, jurisdictional control, enhancement of respect for the Courts decisions as “law”).”

⁷³⁹ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

⁷⁴⁰ “Among American political institutions, the Supreme Court remains uniquely reliant on a complex and amorphous commodity, institutional legitimacy.” MONDAK, Jeffery J. “Institutional Legitimacy, Policy Legitimacy, and the Supreme Court.” *American Politics Quarterly*. p. 457.

⁷⁴¹ “Other analysts have suggested that the Supreme Court’s institutional legitimacy functions as a political currency. Choper (1980), for example, warns of the expendable nature of the Court’s institutional backing.” *Idem.*, p. 458.

a form of political capital.”⁷⁴² Parece, portanto, que para o autor a legitimidade institucional nada mais é do que um sinônimo de capital institucional.

A ideia de capital institucional pode ser sintetizada na frase usada por Hobbes no décimo capítulo do *Leviatã*: “*Reputation of power is power*”.⁷⁴³

Um conceito em particular costuma ser trabalhado de forma similar ao que se deve entender pelo capital institucional: o “apoio difuso”. David Easton, no trabalho referência sobre o tema, definiu apoio como uma atitude em que uma pessoa se orienta em relação a um objeto favoravelmente ou desfavoravelmente. Também foi ele quem elaborou o conceito de apoio difuso e o definiu como “uma reserva de tolerância ou boa vontade que ajuda os membros a aceitarem ou tolerarem resultados para os quais eles se opõem ou cujo efeito é tido por esses membros como prejudicial aos seus interesses”.⁷⁴⁴ O apoio difuso se diferencia do apoio específico ou contingente, que pode ser definido como uma atitude em relação a uma instituição relacionada a um resultado específico considerado favorável ou satisfatório.⁷⁴⁵

Gibson,⁷⁴⁶ a partir das definições de Easton, trabalha com a ideia de apoio difuso aproximando esse apoio à legitimidade, e expondo que o Judiciário, não controlando a força nem o dinheiro, depende inteiramente da legitimidade para exercer seu Poder: “*For courts, their principal political capital is institutional legitimacy.*”⁷⁴⁷

A legitimidade institucional é um dos bens que compõem o capital institucional (prestígio, legitimidade, popularidade, reputação, informação), com a ressalva de que não

⁷⁴² MONDAK, Jeffery J., e Anke Grosskopf. “Do Attitudes toward Specific Supreme Court Decisions Matter? The Impact of Webster and Texas v. Johnson on Public Confidence in the Supreme Court”. *Political Research Quarterly*. V. 51, nº 3, Setembro 1998, p. 651.

⁷⁴³ HOBBS, Thomas. *Leviathan*, Edição de estudante revisada. Ed. Richard Tuck, Cambridge University Press: 1991. p. 62.

⁷⁴⁴ Tradução livre. No original: “a reservoir of favorable attitudes or good will that helps members to accept or tolerate outputs to which they are opposed or the effect of which they see as damaging to their wants.” D.A. Easton, *A Systems analysis of political life*. (1965). p. 273 apud in. FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. Op. cit., p. 326.

⁷⁴⁵ Caldeira e Gibson oferecem um conceito parecido: “‘Specific support’ consists of a set of attitudes toward an institution based upon the fulfillment of demands for particular policies or actions. CALDEIRA, Gregory A., GIBSON, James L. “The Etiology of Public Support for the Supreme Court.” *American Journal of Political Science*, V. 36, 3. Agosto 1992. p. 637.

⁷⁴⁶ Gibson pode ser visto como um adepto do modelo atitudinalista. Sobre sua posição no tema ver GIBSON, James L. *Judges’ role orientations, attitudes and decisions: an interactive model*. *American Political Science Review*, 72 (3): 911-24. 1978

⁷⁴⁷ Since courts are typically thought to be weak institutions – having neither the power of the “purse” (control of the treasury) nor the “sword” (control over agents of state coercion) – their political capital must be found in resources other than finances and force. For courts, their principal political capital is institutional legitimacy. GIBSON, James L. *Judicial Institutions*. in RHODES, R. A. W., BINDER, Sarah A., ROCKMAN, Bert A. *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford University Press: New York, 2008. pp. 524-525.

estamos tratando da questão normativa da legitimidade,⁷⁴⁸ mas sim uma legitimidade prática, baseada na realidade, ou seja, no nível de apoio que a instituição efetivamente possui.⁷⁴⁹ Além de associar o apoio difuso à legitimidade, Gibson o aproxima também da lealdade:

In the scholarly literature, legitimacy is most often equated with “diffuse support.” Diffuse support refers to “a reservoir of favorable attitudes or good will that helps members to accept or tolerate outputs to which they are opposed or the effects of which they see as damaging to their wants” (Easton 1965, 273). Diffuse support is *loyalty* to an institution; it is support that is *not* contingent upon satisfaction with the immediate outputs of the institution. Easton’s apt phrase “a reservoir of good will” captures well the idea that people have confidence in institutions to make, in the long-run, desirable public policy. Institutions without a reservoir of goodwill may be limited in their ability to go against the preferences of the majority.⁷⁵⁰

Caldeira e Gibson, em seu trabalho sobre o apoio público à Suprema Corte dos Estados Unidos, partem da definição de apoio apresentada por David Easton e concluem que políticas públicas e instituições políticas requerem uma certa quantidade de apoio político para sobreviverem e florescerem. Só que esse apoio necessário à sobrevivência das instituições não é o apoio contingente; as instituições políticas exigem uma “reserva de boa vontade”.

Parece, então, que tanto Friedman, quanto Caldeira e Gibson aproximam a noção de apoio difuso à do capital institucional. Ou seja, por não definirem especificamente o capital institucional, esses autores utilizam termos como “legitimidade”, “popularidade”, ou “apoio difuso” para tratar desse conceito. Todas essas análises se complementam, na medida em que todos esses “sinônimos” são uma forma de se aproximar do conceito de capital institucional.^{751_752}

⁷⁴⁸ Podemos sintetizar a questão normativa da legitimidade como concernente à análise sobre se uma instituição deve ou não fazer algo.

⁷⁴⁹ Não entraremos neste trabalho na análise da legitimidade da atividade Judicial de invalidar leis. Trata-se de uma questão normativa (um dever ser) que busca compreender, no plano teórico, se o Judiciário tem o direito (moral ou jurídico) de exercer essa atividade. Aqui a legitimidade interessa em seu aspecto empírico, na medida em que muitos estudiosos a definem como equivalente ao apoio difuso. Nessa perspectiva a legitimidade é vista não em relação ao dever ser, mas sim ao efetivo apoio que se concede à instituição. GIBSON, James L. “Judicial Institutions”. In: RHODES, R. A. W., BINDER, Sarah A., ROCKMAN, Bert A. *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford University Press: New York, 2008. pp. 524-525.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, pp. 524-525.

⁷⁵¹ Basta entender, como faz Gibson, que todos os bens que compõem o conjunto (popularidade, prestígio, legitimidade, etc) são, em última análise, meros aspectos da legitimidade ou do “apoio difuso”.

⁷⁵² The critical question thus becomes how deep the Court’s diffuse support among the general public is; for if theory holds, this is the leash on which the Court operates. Actually, a bungee cord might be a better analogy; for, in operation, the diffuse support hypothesis suggests that the judiciary can stray a certain distance from public opinion but that ultimately it will be snapped back into line. FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. Op. cit., p. 327.

Sem necessariamente trabalhar diretamente com o termo, outros autores também intuíram o capital institucional. Um dos primeiros foi Alexander Hamilton que, no Federalista nº 65, explicou porque o julgamento de denúncias contra autoridades (impeachments), embora fosse em princípio uma atividade “judicial”, deveria caber ao Senado e não à Suprema Corte.⁷⁵³ O fundamento dessa competência para o Senado seria justamente a sua maior quantidade de capital institucional em relação ao possuído pelo Judiciário. Prevendo o desgaste do capital político que envolve julgamentos de autoridades, Hamilton entendeu que o Senado teria maior “estoque” desse capital que o Judiciário, e, portanto, estaria mais apto a exercer essa competência.⁷⁵⁴

Hamilton, que em outra passagem do federalista deixou explícita a sua percepção do Judiciário como o mais fraco dos poderes, duvidava que este Poder pudesse chegar a ter capital institucional suficiente para se envolver em procedimentos de *impeachment*, que, por sua natureza política,⁷⁵⁵ envolveriam um enorme gasto desse recurso, já que “*a instauração do processo raramente deixa de provocar agitações em toda a comunidade e de dividi-la em grupos favoráveis ou contrários ao acusado.*”⁷⁵⁶

Em sua perspectiva, portanto, o gasto de capital institucional envolvido em um exercício de poder tão custoso quanto o procedimento de impeachment de uma alta autoridade política seria maior do que o capital institucional que o Judiciário poderia chegar a ter, o que inviabilizaria esse exercício de poder por parte das Cortes.

Embora chamando de “índice de credibilidade”, Conrado Hubner igualmente intuiu o capital institucional das instituições. Sua explicação do “gasto” desse capital merece ser reproduzida: “*À medida que [as instituições] se distanciam do socialmente aceitável, elas corroem sua legitimidade e perdem espaço no jogo da separação de poderes. Elas decairiam no seu índice de credibilidade e se encolheriam.*”⁷⁵⁷

Já Ginsburg, por exemplo, entende que a Corte de Warren só conseguiu ser ativista e modificar de forma tão incisiva a jurisprudência constitucional porque tinha um estoque

⁷⁵³HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. O Federalista. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. – 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005. p. 401.

⁷⁵⁴ Ibid., p. 402. Estaria a Suprema Corte em condições de assumir este papel? É de duvidar-se que seus membros ofereçam, em caráter permanente, uma demonstração de firmeza como a que é exigida para o cumprimento de tão difícil tarefa; e é ainda mais duvidoso que aquele órgão possua o grau de crédito e de autoridade que pode, em determinadas ocasiões, ser indispensável para que o povo aceite uma decisão porventura discordante da acusação levantada por seus representantes diretos.

⁷⁵⁵ Referindo-se às condutas que resultariam em processos de impeachment, Hamilton menciona que “Tais ofensas são de uma natureza que, com peculiar propriedade, poderia ser qualificada como política.” Ibid., p. 401.

⁷⁵⁶ Ibid., p. 401.

⁷⁵⁷ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese apresentada à Universidade de São Paulo para a obtenção do Título de Doutor. São Paulo, 2008, p. 201.

de capital desenvolvido ao longo de décadas de cautela e cooperação que lhe permitiram atuar daquela forma.⁷⁵⁸ Para Moustafa, a Suprema Corte Constitucional Egípcia acumulou capital institucional cooperando com o Governo em questões econômicas, e em seguida utilizou essa “alavancagem” de poder para atuar de forma mais consistente na proteção e promoção de direitos políticos e civis.⁷⁵⁹

Persily, estudando a opinião pública em questões constitucionais controversas, concluiu que o nível agregado de confiança pública na Corte permaneceu inalterado mesmo em face de decisões como *Bush v. Gore* em 2000.⁷⁶⁰

Richard Pildes caracteriza o capital institucional como uma decisão de segunda ordem. Apenas nesse sentido, segundo ele, as Cortes poderiam ser chamadas de majoritárias, na medida em que a sua sustentabilidade dependeria de uma contínua decisão de segunda ordem das maiorias por apoiar o Judiciário, ainda quando discordando de decisões imediatas.⁷⁶¹

Por fim, Mark Miller sugere que as Cortes estão protegidas de ataques institucionais do Congresso pelo respeito e reverência que as pessoas têm por elas, e, cita ainda estudo de Murphy e Pritchett, em que sugerem que o Judiciário se defende do legislativo por mágica.⁷⁶²

Enfim, seja chamando de apoio difuso, “grau de crédito”, “índice de credibilidade”, nível agregado de confiança pública, reverência, reserva de boa vontade, legitimidade institucional, estoque de capital, “alavancagem de poder”, mágica, ou decisão de segunda ordem, os diversos autores citados perceberam que o Judiciário, enquanto instituição, depende de um conjunto de recursos (ou bens) para o exercício do seu poder

⁷⁵⁸ GINSBURG, Tom. Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases. Op. cit. p. 96. “The Court was thus able to draw on its stock of capital developed through decades of caution to withstand an institutional attack and entrench its position in national political life”.

⁷⁵⁹ MOUSTAFA, T. The struggle for Constitutional Power, Op. cit., p. 136. “On balance, the government benefited tremendously from the Court’s rulings on economic matters through the 1990s, and the SCC used this leverage to push more aggressively for expanded political and civil rights.”

⁷⁶⁰ Under conditions of the greatest stress – integrating schools, protecting criminals’ rights, interjecting itself into all types of life-and-death questions, and even deciding a presidential election – the aggregate level of public confidence in the Court has remained largely unchanged. PERSILY, Nathaniel. CITRIN, Jack. EGAN, Patrick J. Public Opinion and Constitutional Controversy. New York: Oxford University Press. 2008. p. 14.

⁷⁶¹ PILDES, Richard H. Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution? Op. cit., p. 43. O tema será aprofundado quando tratarmos da relação entre as decisões da Corte e o seu capital institucional.

⁷⁶² MILLER, Mark C. The view of the courts from the hill: a neo-institutional perspective. Op. cit. p. 68. “the federal courts in general and the U.S Supreme Court in particular are protected from the most deadly of congressional attacks by the high respect and reverence that the American public extends to the judicial branch. In the early 1960s, Murphy and Pritchett argued that “courts are protected by their magic;””

que envolve a popularidade, o prestígio, a legitimidade e a reputação. Esse conjunto de bens é, como dissemos, o capital institucional.

Para finalizar nosso esforço conceitual, há ainda algumas questões fundamentais que precisam ser exploradas: as principais características do capital institucional, em especial a sua variação em função de comportamentos das cortes, e a sua relação com a lei, ou o “Direito”.

3.3 A natureza quantitativa, dinâmica e relacional do capital institucional e a sua expansão/diminuição

As três características fundamentais do capital institucional são a sua natureza quantitativa, dinâmica e relacional. O termo capital sugere uma quantidade. Todos os sinônimos utilizados pelos autores citados (grau de crédito, índice de credibilidade, estoque de capital, alavancagem de poder, reserva de boa vontade, etc.) remetem igualmente a uma quantidade. Não se analisa o capital institucional de forma absoluta, mas em graus. O mesmo se aplica aos bens que integram o conceito: prestígio, legitimidade, popularidade e reputação são recursos melhor mensurados de forma quantitativa, não absoluta. Com duas ressalvas importantes. A quantidade de capital institucional é de difícil mensuração em decorrência dela ser composta por diversos bens cujo peso nem sempre é o mesmo, e que muitas vezes reagem de forma distinta aos comportamentos sociais externos. Em certas situações, um aumento da popularidade pode, por exemplo, diminuir a reputação que decorre da fiel aplicação do direito.⁷⁶³ O resultado final do aumento de um e da diminuição do outro dependerá de quanto eles aumentaram/diminuíram e do peso que possuem no índice. Certamente não se trata de uma análise simples.

Além disso, embora seja um conceito quantitativo, o capital institucional é uma medida de poder político, se insere no âmbito das ciências sociais, e como tal não pode ser medido em valores aritméticos precisos.

A impossibilidade de mensurá-lo precisamente não significa que os seus limites não possam ser encontrados, como deixou claro Jesse H. Choper, em seu livro *“Judicial Review and the National Political Process”*,⁷⁶⁴ em que menciona o capital institucional

⁷⁶³ Sobre a relação do direito com o capital institucional, ver a sequência deste capítulo.

⁷⁶⁴ CHOPER, Jesse H. *Judicial Review and the National Political Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1980.

sem defini-lo, mas deixa clara essa percepção de que ele não é infinito.⁷⁶⁵ Murphy também destacou a possibilidade do capital institucional ser consumido até se exaurir.⁷⁶⁶ Na hipótese de o capital institucional das cortes chegar ao fim, suas decisões perdem totalmente a eficácia social, levando os atores políticos a utilizarem os diversos mecanismos disponíveis para conformar a corte a sua vontade que já mencionamos no primeiro capítulo.⁷⁶⁷

Mas, se por um lado o capital institucional não é infinito, podendo ser gasto até a exaustão, por outro ele também pode ser expandido, ou seja, acumulado. Essa é a natureza dinâmica do capital institucional. Seu estoque aumenta ou diminui de acordo com o comportamento do Judiciário. Como reconheceu Pildes em relação à Suprema Corte americana, *“The perceived legitimacy and authority of the Court are not constant or static, but dynamic. That the power and stature of the Court have increased dramatically over time is widely recognized.”*⁷⁶⁸

Registre-se, como fazem Mondak e Grosskopf, que existem estudiosos que não admitem o caráter dinâmico do capital institucional. Para esses, o capital institucional do judiciário decorreria de fatores relativamente estáveis como o compromisso com a democracia ou com o ordenamento jurídico e não de comportamentos específicos ou de decisões contingentes. Nessa perspectiva, o apoio difuso deixaria de ser visto como dinâmico e passaria a ser estático. A consequência imediata desse raciocínio é que o capital institucional deixaria de ser uma quantidade variável e se tornaria, portanto, inesgotável.⁷⁶⁹ Apesar desse registro, não nos parece ser controverso que o capital

⁷⁶⁵ Ibid., p. 139 “But no matter how speculative and undefined the forces that motivate public acceptance of the Court’s invalidations may be, there is one point of common agreement among observers of all stripes, be they constitutional historians or political analysts, from America or abroad: The people’s reverence and tolerance is not infinite and the Court’s public prestige and institutional capital is exhaustible. The fortress of judicial review stands or falls with public opinion and the Court’s symbolic image is not forever indestructible.”

⁷⁶⁶ “A Justice must also realize that because judicial prestige is high does not mean that its supply is inexhaustible.” MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*. Op. cit. p.20.

⁷⁶⁷ CHOPER, Jesse H. *Judicial Review and the National Political Process*. Op. cit., p. 139 “At some point – the exact location of which is unknown, but the existence in fact virtually undisputed – the Court’s continued antimajoritarian rulings will tip the balance of credit accumulation and expenditures and animate a public sentiment that it has but a gossamer claim to legitimacy in a democratic society, thus either inducing popular disregard of the Court’s decisions or inspiring political forces to seek to bring it to heel, or both.”

⁷⁶⁸ PILDES, Richard H. *Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution?* New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. Paper 251. http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/251. p. 41.

⁷⁶⁹ “Scholars who study the Court disagree on the question of whether public esteem for the institution and its members derives solely from stable factors such as core democratic values, or if citizens alter their evaluations to take into account their views of the Court’s rulings. The answer to the question of whether specific decisions matter for broader support has important consequences for how support is viewed. If only core values matter, then a static depiction of support – treating it as a virtually inexhaustible resource – can be justified. However, if specific decisions can be shown to have an impact on support, then a dynamic view

institucional é dinâmico e limitado. Como veremos a seguir, o comportamento do judiciário influencia a sua popularidade, prestígio, e a confiança que se tem em relação a ele.⁷⁷⁰

Esse caráter dinâmico do poder judicial foi destacado por Peretti, para quem o juiz deverá sempre checar a quantidade de poder no momento em que estiver atuando, já que essa quantidade não é estática.⁷⁷¹

Partindo desse caráter dinâmico, se o capital institucional é o instrumento de exercício do poder do judiciário, quanto mais capital institucional ele possuir, maior será a sua capacidade de exercer poder (i.e maior será a sua capacidade de impor suas decisões aos demais atores constitucionais), e, por isso, podemos assumir como intuitivo o desejo do Judiciário de acumular esse capital,⁷⁷² já que, como visto, o primeiro impulso do poder é a autopreservação, e o segundo impulso é a expansão.⁷⁷³

Além dessa natureza dinâmica, o capital institucional é também relativo. Trata-se de uma medida que analisa a quantidade de poder em relação às demais instituições. O aumento ou diminuição do capital institucional do Judiciário ocorre sempre em relação às demais instituições que compõem a arquitetura constitucional, ou seja, é uma medida comparativa. Por isso se diz, por exemplo, que desde os anos 1970 a Suprema Corte americana é a instituição que goza de maior confiança perante o povo americano,

of legitimacy is more appropriate. The most important consequence of such a dynamic conception is that under some conditions the Court's actions may threaten its reservoir of goodwill." MONDAK, Jeffery J., e Anke Grosskopf. "Do Attitudes toward Specific Supreme Court Decisions Matter? The Impact of Webster and Texas v. Johnson on Public Confidence in the Supreme Court". *Political Research Quarterly*. V. 51, nº 3, Setembro 1998, pp. 633-4.

⁷⁷⁰ Além disso, supor que o apoio ao judiciário é estático em razão de um compromisso maior com a democracia desconsidera que uma democracia pode existir sem o controle de constitucionalidade.

⁷⁷¹ PERETTI, T. In *Defense of a Political Court*, op. Cit., pos. 1609. "(...) the "policy-oriented Justice would have to make frequent and careful appraisals of this power framework, since it is dynamic, not static".

⁷⁷² O Judiciário busca expandir o seu poder a partir de um comportamento estratégico largamente reconhecido pela doutrina, que envolve o interesse de elites envolvidas com o direito, mas também "the interests of a supreme court seeking to enhance its political influence and international profile". HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. p. 105. "The delegation of power to the courts may also serve both the interests of a professional legal elite seeking to enhance its symbolic power and the interests of a supreme court seeking to enhance its political influence and international profile. National high courts may primarily be seekers of legal policy, but they are also sophisticated and strategic actors who may realize when the changing preferences of other influential political actors as well as changes in the institutional context allow them to strengthen their institutional position by widening and deepening their involvement in crucial policymaking arenas. As recent studies have shown (Epstein and Knight 1998; Epstein and Walker 1995), landmark decisions of the U.S. Supreme Court, for example, have not merely been apolitical jurisprudence or a reflection of its justices' ideological preferences but also a reflection of their strategic behavior as rational actors who seek to preserve or improve the Court's institutional position vis-a-vis other major national decision-making bodies."

⁷⁷³ Ver capítulo II.

excedendo em muito aquela depositada no congresso e no presidente.⁷⁷⁴ Para Mondak, inclusive, a única forma de avaliar se o capital institucional do judiciário está alto ou baixo é justamente comparando-o com o capital institucional das demais instituições.⁷⁷⁵

Em função desse caráter relativo, quanto maior for o capital institucional da corte, mais custoso será para um ator constitucional enfrentá-la. Quando duas instituições políticas entram em conflito, ambas tentam exercer poder e gastam seu capital institucional. Vanberg indica que a principal razão para maiorias parlamentares aceitarem as decisões judiciais é o medo de perder apoio popular. E essa perda será tão maior quanto mais prestígio e popularidade o judiciário possuir.⁷⁷⁶ Howell exemplifica essa dinâmica a partir da interação do presidente com o Judiciário. Segundo ele, o presidente fará esse cálculo dos custos políticos, ou seja, do seu estoque de capital institucional em relação ao capital institucional do Judiciário, e com base nele irá ou não cumprir uma decisão da Corte contrária a seus interesses:

Need judges always fear that the president will summarily dismiss every ruling against him? Certainly not. When ignoring the courts is likely to evoke a strong political backlash from Congress, interest groups, or the public, presidents may have little choice but to comply. **Just as having its decisions go unheeded may damage the judiciary's legitimacy, so, too, may defying a court ruling exact considerable political costs from the president. When these latter costs are high enough, executive compliance is likely and judges can feel free to rule against the president. On the other hand, when the costs of disregarding the courts are low, the issue of enforcement asserts itself most forcefully.**⁷⁷⁷

Justamente por isso, Choper indica, como já mencionamos, que quando o capital institucional se exaure, os demais atores políticos perdem qualquer incentivo para cumprir as suas decisões. Podemos afirmar que, não sendo as decisões judiciais, pelo menos em regra, autoexecutáveis,⁷⁷⁸ e, portanto, dependentes do cumprimento voluntário ou do

⁷⁷⁴ “The authority of the Court over time is also relational: as the authority of competing institutions, such as Congress or the presidency, wax and wane, the Court’s autonomy will also ebb and flow. But as noted above, since the 1970s, the Court has consistently been the most trusted institution in the national government; in recent years, public trust in the Court has vastly exceeded that in Congress or the President.” PILDES, Richard H. “Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution?” p. 42.

⁷⁷⁵ “Because there are no set standards for what constitutes high (or stable) support, we will contrast data on support for the Court with similar data for Congress and the executive branch. We will define the nature of aggregate support for the Supreme Court by establishing how that support is or is not unique when compared with that for the nation’s other main political institutions.” MONDAK, Jeffery J., e Shannon Ishiyama Smiley. “The Dynamics of Public Support for the Supreme Court.” *Journal of Politics*. 1997. p. 1115.

⁷⁷⁶ “[T]he principal inducement for governing majorities to comply with high court decisions is the threat of a loss of public support for elected officials who refuse to be bound by them.” VANBERG, Georg. *The politics of constitutional review in Germany*. 2005. p. 14.

⁷⁷⁷ HOWELL, William G. *Power without Persuasion: The Politics of Direct Presidential Action*. New Jersey: Princeton University Press. 2003. p. 139.

⁷⁷⁸ Ver capítulo I.

auxílio dos agentes políticos, a sua executoriedade está diretamente relacionada ao estoque de capital institucional que o judiciário possui no momento da decisão.

Na mesma linha, Ferejohn analisou a independência do judiciário em situações de conflito com os demais poderes e concluiu que essa independência dos juízes se sustenta em um cálculo político dos custos associados com a tentativa de retirá-la.⁷⁷⁹ Esses custos tornam-se tão maiores quanto maior for o capital institucional da corte. Em muitas situações, inclusive, o capital institucional atinge níveis tão elevados que a retirada da independência do judiciário se torna uma opção política inviável.

Contando apenas com o seu capital institucional para o exercício do poder, sempre que o Judiciário fizer cumprir uma decisão contra a vontade daquele a quem a decisão está sendo forçada, ele estará gastando o seu capital institucional para isso. Em outras palavras, estará gastando um recurso (capital institucional) para exercer poder. Hamilton, Gibson, Choper, Hubner, Ginsburg e Moustafa compreenderam esse fluxo de acúmulo e gasto de capital institucional.⁷⁸⁰ Hamilton, como já dissemos, observou que o processo de impeachment seria muito custoso para aquele que fosse responsável por ele, e por isso concluiu que o senado teria mais estoque desse recurso para gastar. O importante é observar que em cada exercício de poder um pouco desse capital institucional é gasto, e como dissemos, ele não é infinito.

Essa percepção é crucial. A história é cheia de exemplos de tribunais que, confiando na sua missão constitucional e no potencial do direito, subestimaram a necessidade de manter seu capital institucional elevado e sucumbiram à política.

O sucesso da Suprema Corte americana, que se tornou provavelmente o mais poderoso tribunal do mundo, decorreu da consciência dos limites do seu capital institucional, ou, como colocou Robert McCloskey, do fato da corte raramente ter superestimado a sua fonte de recursos.⁷⁸¹ Segundo William Lasser, McCloskey via o estoque de poder da Suprema Corte como um bem precioso, mas limitado. E, em função dessas características, entendia que esse poder precisava ser gasto de forma cuidadosa. Em

⁷⁷⁹ “the basic reason constitutional protections for judges have remained strong and stable over the years is that the political branches have not really wanted to alter them, at least not badly enough (or for long enough) to incur the substantial costs and political risks associated with such an effort.” FEREJOHN, J. *Independent Judges, Dependent Judiciary*. Op. cit., p. 357.

⁷⁸⁰ Ver o item anterior deste capítulo.

⁷⁸¹ McCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*. Fifth Edition. Revised by Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press. 2010. p. 261. “the Court seldom strayed very far from the mainstreams of American life and seldom overestimated its own power resources. To put the thing in a different way, the Court learned to be a political institution and to behave accordingly; and this fact above all accounts for its unique position among the judicial tribunals of the world.”

suas palavras: “*For McCloskey (though, again, not for him alone), the Court’s power was a precious but limited reserve that had to be expended carefully and cautiously*”.⁷⁸²

Por isso qualquer corte constitucional precisa sempre caminhar entre comportamentos que expandem o seu capital institucional e aqueles que gastam esse recurso. Compreender quais comportamentos atuam de uma forma ou de outra se torna, portanto, vital para que um tribunal constitucional possa cumprir sua missão normativa sem desconsiderar a realidade subjacente a ele. Como resumiu Mondak, o judiciário precisa atuar de forma estratégica, evitando desgastes excessivos do seu capital institucional e procurando sempre recompô-lo ou até expandi-lo:

A (...) concern is how the Court responds to its institutional limits. Specifically, strategy within the Court can be considered from the context of legitimacy. For example, what tactics may the Court employ to reduce the erosion of political capital? By releasing controversial rulings at the end of a term, for instance, the Court may afford itself a healing period, a time to repair damaged credibility prior to the next round of efforts at conferring policy legitimacy. This suggests a[nother] issue, the manner in which institutional approval is replenished.⁷⁸³

Analisaremos agora os principais comportamentos que incidem na variação do capital institucional, conscientes do alerta feito por Persily de que compreender a causalidade em fenômenos políticos é sempre uma tarefa perigosa e difícil.⁷⁸⁴ Há pouco espaço para verdades absolutas ou correlações precisas. Apesar dessa ressalva, acreditamos ser possível traçar linhas gerais de causas e efeitos e, a partir delas, contribuir para uma análise mais completa da atuação do judiciário.

3.3.1 As decisões judiciais e o seu impacto no capital institucional

Partindo da premissa que o público responde às ações de políticos e de instituições,⁷⁸⁵ e as decisões judiciais são o produto da ação do judiciário, parece razoável admitir que a popularidade, prestígio, legitimidade ou reserva de boa vontade das cortes são atingidos pelas suas decisões. Contudo, os estudiosos divergem sobre a extensão do

⁷⁸² LASSER, William. *The Limits of Judicial Power: The Supreme Court in American Politics*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press. 1988. p. 271.

⁷⁸³ MONDAK, Jeffery J. Institutional Legitimacy, Policy Legitimacy, and the Supreme Court. *American Politics Quarterly*. p. 474.

⁷⁸⁴ “Assessing causality in political phenomena is always fraught with danger, and perhaps especially so when trying to identify the causes of public opinion shifts.” PERSILY, Nathaniel. CITRIN, Jack. EGAN, Patrick J. *Public Opinion and Constitutional Controversy*. Op. cit., p. 14.

⁷⁸⁵ “it is axiomatic that public response to the actions of political leaders and institutions influences mass attitudes regarding those actors.” MONDAK, Jeffery J., e Anke Grosskopf. “Do Attitudes toward Specific Supreme Court Decisions Matter? Op. cit., p. 633.

impacto das decisões judiciais no capital institucional. Para uns, o impacto de decisões específicas é apenas marginal, e o compromisso com valores democráticos básicos, dentre outros fatores, produzem uma reserva de boa vontade, ou de apoio difuso, que permite à Suprema Corte permanecer institucionalmente legítima mesmo quando suas decisões produzem reações negativas. Do outro lado estão aqueles que vislumbram as decisões judiciais como a mais significativa influência na variação do capital institucional do judiciário, concluindo que há fortes evidências de que a percepção sobre decisões da Suprema Corte alteram a confiança que se tem nela.⁷⁸⁶ Embora aparentemente antagônicas, veremos ao longo deste item de que forma essas duas perspectivas se complementam para demonstrar de forma mais precisa a influência das decisões judiciais no capital institucional.

Os defensores de um papel pouco relevante das decisões judiciais na variação do capital institucional concebem o apoio difuso (capital institucional) como essencialmente distinto do apoio específico (decisões favoráveis/desfavoráveis).⁷⁸⁷ Essa é a posição de Caldeira e Gibson, para quem o capital institucional se diferencia do apoio específico pelas suas fontes, maior durabilidade e bases mais sólidas. O capital institucional seria um compromisso mais durável com a instituição.⁷⁸⁸ Pildes também segue essa linha. Para ele o capital institucional não se confunde com a pressão de decisões imediatas, ou seja, com o apoio específico. Ao tentar compreender de que forma a concordância/discordância da maioria, em relação a decisões específicas, afeta a Corte, ele chegou à conclusão de que o capital institucional seria uma espécie de decisão de segunda ordem tomada continuamente pela maioria de manter/empoderar o Judiciário, mesmo em face de decisões imediatas discordantes/prejudiciais a essa maioria.⁷⁸⁹

⁷⁸⁶ “Strong evidence has emerged that response to the rulings did yields corresponding change in confidence, a finding that corroborates a central tenet of the political capital hypothesis.” MONDAK, Jeffery J., e Anke Grosskopf. “Do Attitudes toward Specific Supreme Court Decisions Matter? Op. cit., p. 651.

⁷⁸⁷ Ao definir o capital institucional, foi demonstrado que muitos autores o confundem com o apoio difuso, enquanto o apoio específico é justamente aquele concedido em relação a decisões favoráveis/satisfatórias. Ora, se decisões favoráveis tendem a produzir apoio específico e o capital institucional se aproxima do apoio difuso, na sequência deste trabalho, quando for necessário, tomaremos a relação entre o apoio difuso e o apoio específico como equivalente à relação entre as decisões do judiciário e o seu capital institucional.

⁷⁸⁸ “In principle, diffuse support differs from specific support in its sources, greater durability, and more fundamental basis. The distinction between diffuse and specific support strikes us as conceptually sound and intuitively pleasing.” CALDEIRA, Gregory A., GIBSON, James L. *The Etiology of Public Support for the Supreme Court*. Op. cit., p. 637.

⁷⁸⁹ “One final response from majoritarians to the obviously greater autonomy of the modern Court is that this autonomy exists only because the American people continue to grant it. But this move radically shifts the grounds for the majoritarian thesis and transforms it into something else altogether; it now offers a second-order, rather than first-order, definition or conception of “majoritarian”. (...) It is true of all public institutions, of course, that in some sense they continue to exist and maintain their authority only because “the people” are willing to accept that authority (or, the perceived costs of destroying that authority are

A percepção de que o capital institucional não se resume à concordância com o resultado imediato das decisões da corte é partilhada por Mate e Wright, para quem, mesmo diante de uma decisão conflitiva como *Bush v. Gore*, a Suprema Corte americana teve estoque de capital institucional suficiente para proferi-la. Em suas palavras “*the Court had sufficient institutional capital to weather the short-term impact of the decision.*”⁷⁹⁰ E mais do que isso. Mate e Wright observaram que quatro anos depois de decidir a eleição presidencial, os prejudicados por aquela decisão (liberais) estavam apoiando mais a Corte, demonstrando que o capital institucional perdido com aquela decisão fora regenerado a partir de outras decisões que agradaram a esse grupo.⁷⁹¹

Em resumo, para esses autores, as fontes do apoio difuso são mais estáveis e imunes a influências de curto prazo, e disso decorre que decisões específicas têm pouca ou nenhuma importância para a variação do capital institucional⁷⁹². Como dissemos ao avaliar a dinâmica do capital institucional, nessa perspectiva, o capital institucional é estático e a capacidade da Suprema Corte de contrariar a opinião pública e os demais poderes é virtualmente ilimitada.⁷⁹³

Discordamos da forma como esses autores analisam o capital institucional. O fato de existirem outros fatores que atuam na sua variação ou estabilidade, como o compromisso com a democracia, por exemplo, não impede que as decisões específicas exerçam um papel na variação desse capital e que ele seja percebido como limitado e esgotável. Parece-nos inconcebível que decisões como *Brown v. Board of Education*, *Roe*

greater than the harms imposed from particular decisions)(...) How would the withdrawal of this second-order consent to the Court’s authority have to manifest itself to be effective in bringing the Court to heel? Would it be enough for public support for the Court to drop dramatically?” PILDES, Richard H. Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution? Op. cit., pp. 43-44.

⁷⁹⁰ MATE, Manoj. WRIGHT, Matthew. The 2000 presidential election controversy. In. PERSILY, Nathaniel. CITRIN, Jack. EGAN, Patrick J. Public Opinion and Constitutional Controversy. Op. cit., p. 348.

⁷⁹¹ Our finding that liberals’ support for the Court was higher in 2004 than in 2000 may suggest either that the Court was able to regenerate institutional support among liberals in the intervening period or that the Court has gradually developed a base of support among liberals that is relatively immune from short-term political “shocks” like *Bush v. Gore*. MATE, Manoj. WRIGHT, Matthew. The 2000 presidential election controversy. Op. cit., p. 348.

⁷⁹² “a long tradition of scholarship argues that the Supreme Court is esteemed partly because it commands a bedrock of public support, or a reservoir of goodwill, which helps it to remain legitimate despite occasional critical reaction to unpopular rulings (Murphy and Tanenhaus 1968; Easton 1965, 1975; Caldeira 1986; Caldeira and Gibson 1992). The sources of this diffuse support are usually seen as rather stable and immune from short-term influences, implying that evaluations of specific decisions are of little or no broad importance. For instance, Caldeira and Gibson (1992) find that basic democratic values, not reactions to decisions, act as the strongest determinants of institutional support.” MONDAK, Jeffery J., e Anke Grosskopf. Do Attitudes toward Specific Supreme Court Decisions Matter? Op. cit., pp. 634-635.

⁷⁹³ “If opinion about the Court were fully determined by early political socialization and deeply rooted attachments to democratic values, then justices would be free to intervene in controversial policy questions without risk that doing so would expend political capital.” Ibid., p. 634.

v. *Wade*, *Korematsu v. United States*, a Ação Penal 470 ou a ADPF 132 não alterem o nível de popularidade, confiança ou prestígio das Cortes.⁷⁹⁴

Além disso, Mondak e Grosskopf concluíram em seu estudo que há fortes evidências que a análise de decisões específicas faz as pessoas mudarem o nível de confiança que elas têm na instituição.⁷⁹⁵ Na ampla análise empírica que realizaram a partir de pesquisas de opinião, esses autores demonstraram que “*specific decisions do matter for what people think about the Supreme Court*”.⁷⁹⁶

Há uma correlação direta entre a percepção positiva/negativa que os atores constitucionais têm das decisões da corte e o aumento/diminuição do capital institucional. Mesmo que não se possa mensurar de forma precisa a causalidade entre uma decisão x e o efeito y da concordância/discordância⁷⁹⁷ em relação ao capital institucional, esse efeito existe e é o mais importante fator de variação dessa medida.

Como elaboramos ao longo do capítulo anterior, o Judiciário existe porque os atores constitucionais e políticos enxergam nesse poder um ator cooperativo, que produz mais resultados proveitosos do que negativos. Essa é a correlação direta entre a percepção positiva/negativa que os atores constitucionais têm das decisões da corte e o aumento/diminuição do capital institucional. Cortes que cooperam, ou seja, decidem de forma a gerar concordância/benefícios serão empoderadas pelos atores que se beneficiarem desses resultados. Em abstrato, a ideia é que cada decisão some ou subtraia uma quantidade do capital institucional, conforme o ator se beneficie/concorde ou discorde/seja prejudicado.

Smithey e Mondak basearam-se nessa dinâmica para explicar a estabilidade do apoio difuso da Suprema Corte americana. Segundo eles, essa estabilidade não decorre do fato do capital institucional ser estático, mas sim do fato de que a Corte equilibra decisões que aumentam esse capital com decisões que o gastam. Em suas palavras, “*Stability in*

⁷⁹⁴ “We believe that any claim that the Supreme Court is fully immune to backlash against controversial decisions can be rejected on a prima facie level. First, consider the extreme case. Were the Supreme Court to make its occasional blockbusters – *Brown v. Board of Education*, *Roe v. Wade*, *Texas v. Johnson*, etc. – the norm by routinely ruling on the thorniest social questions, we see it as implausible that such actions would bring no cumulative impact on how people view the Court.” MONDAK, Jeffery J., e Anke Grosskopf. *Do Attitudes toward Specific Supreme Court Decisions Matter?* Op. cit., p. 635.

⁷⁹⁵ Strong evidence has emerged that response to the rulings did yield a corresponding change in confidence, a finding that corroborates a central tenet of the political capital hypothesis. *Idem.*, p. 651.

⁷⁹⁶ “Using individual-level opinion data from national surveys, we have shown that specific decisions do matter for what people think about the Supreme Court.” *Idem.*

⁷⁹⁷ “even when we cannot conclude that x court decision led to y public opinion effect, we can ascertain the gap between the Court and the American people on a given issue.” PERSILY, Nathaniel. CITRIN, Jack. EGAN, Patrick J. *Public Opinion and Constitutional Controversy*. New York: Oxford University Press. 2008. p. 14.

public support for the Supreme Court implies not that the Court's actions are ignored, but rather that individual-level gains systematically offset corresponding losses."⁷⁹⁸

Mesmo Gibson e Caldeira, que em princípio discordam dessa correlação forte, confirmaram em seus estudos que aqueles que são a favor do aborto em qualquer circunstância e aqueles que são contrários à segregação racial apresentam índices significativamente maiores de apoio à Suprema Corte americana, em função de perceberem esse tribunal como o responsável pelo avanço dessas duas posições políticas.⁷⁹⁹ E em outro estudo, Caldeira confirmou que a concordância/discordância em relação às decisões da Suprema Corte americana afetaram o apoio que Franklin Roosevelt teve para propor o "court-packing plan".⁸⁰⁰ Ou seja, esses estudos indicam que aqueles que concordaram com as decisões da Suprema Corte americana nesses temas concederam a ela mais capital institucional.

Se de fato parecem existir evidências de que o capital institucional é mais do que um mero efeito da concordância/discordância com decisões específicas, por outro lado, estudos consistentes sobre a Suprema Corte americana demonstram uma forte relação entre o apoio difuso e o apoio específico, com resultados que confirmam que a maioria dos cidadãos condiciona o apoio difuso à concordância com as decisões daquele tribunal.⁸⁰¹ Ou seja, o apoio específico impacta na variação do capital institucional de forma tão expressiva, que para alguns é empiricamente impossível distingui-los.⁸⁰² Essa conclusão também se coaduna com nossa percepção de que o resultado prático das decisões é o mais importante elemento do acúmulo/gasto do capital institucional do judiciário.

⁷⁹⁸ MONDAK, Jeffery J., e Shannon Ishiyama Smithey. "The Dynamics of Public Support for the Supreme Court." *Journal of Politics*. 1997. p. 1139.

⁷⁹⁹ "those who would permit women to have an abortion under any circumstances and those who oppose racial segregation in neighborhoods show significantly more support for the Supreme Court. This pair of relationships does not surprise us, in light of the close identification of the issues of abortion and racial segregation with the Supreme Court over the years." CALDEIRA, Gregory A., GIBSON, James L. *The Etiology of Public Support for the Supreme Court*. *American Journal of Political Science*, V. 36, 3. Agosto 1992. p. 644.

⁸⁰⁰ "Caldeira subsequently (1987) demonstrated that public response to Supreme Court decisions affected aggregate support for Franklin Roosevelt's court-packing plan." MONDAK, Jeffery J., e Anke Grosskopf. "Do Attitudes toward Specific Supreme Court Decisions Matter?" *Op. cit.*, p. 635.

⁸⁰¹ "although by definition diffuse and specific support should not correlate strongly (see Easton 1975, 442 n. 21), Murphy and Tanenhaus report consistently strong relationships between diffuse support and various measures of specific support (...) For most citizens, views of "how well the Court is doing its basic job" depend in part on whether they agree with the Court's decisions." CALDEIRA, Gregory A., GIBSON, James L. "The Etiology of Public Support for the Supreme Court." *Op. cit.*, p. 637.

⁸⁰² Na nota de rodapé nº 1 do texto, Caldeira e Gibson citam autores que abandonaram a tentativa de distinguir o apoio difuso do apoio específico, em função das dificuldades metodológicas e da impossibilidade de se alcançar uma medida dos dois. Para contornar esse problema, há autores que se referem ao "apoio" de forma genérica, sem distingui-lo. *Idem*.

A proximidade entre o apoio difuso e o apoio específico demonstra que, na verdade, o apoio difuso pode ser resumido a um acúmulo de apoios específicos. Friedman, por exemplo, segue essa linha ao afirmar que a supremacia judicial seria o resultado irrefletido por parte dos atores políticos que toleram essa situação em função da concordância com os resultados que o Judiciário produz.⁸⁰³ Em outras palavras, o capital institucional do Judiciário se constrói a partir de sequências de resultados favoráveis a atores constitucionais que, em troca, concedem às cortes esse apoio específico.

Mas, se isso é verdade, como essa conclusão se compatibiliza com a afirmação de que o capital institucional não é um mero agregado de apoios específicos e de que decisões específicas aparentemente não alteram esse capital? A resposta nos parece ser o momento da análise e o fato dela estar focada na experiência americana.

Em abstrato, no momento inicial de uma corte constitucional, ela não possui quase nenhuma legitimidade, popularidade, reputação e prestígio. Nesse momento, que identificamos no capítulo anterior como de *“low-equilibrium judicial review”*, uma decisão específica que prejudique de forma substancial um ator constitucional, seja ele o executivo, o legislativo ou mesmo a opinião pública pode inviabilizar a continuidade da instituição. Foi o que quase aconteceu com a Suprema Corte americana, em seu embate com Thomas Jefferson, e o que aconteceu com a Corte Constitucional Russa e o Tribunal Boliviano. Nesse cenário, o apoio específico acaba se comportando como apoio difuso. Em outras palavras, o capital institucional se confunde com o apoio específico e o impacto de decisões específicas nele é enorme.

Contudo, na medida em que o Judiciário coopere com os demais atores e desenvolva o seu capital institucional, esse capital vai se sedimentando e a decisão de segunda ordem de conceder prestígio, reputação e popularidade àquela instituição se consolida. Nesse cenário já não mais se confundem o apoio difuso e o apoio específico. Ou seja, quanto maior e mais consolidado for o capital institucional, menor será o impacto de decisões específicas em seu estoque.

Por essa razão, os estudos “laboratoriais” de Mondak confirmam que decisões específicas impactam de forma substancial o capital institucional,⁸⁰⁴ mas pesquisas de

⁸⁰³ “If what is occurring is acquiescence in judicial supremacy simply because the political branches approve the results, one might wonder whether power given up so readily can be recalled when the political branches become unhappy with the Court’s behavior. FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. Op. cit., p. 326, Nota de rodapé nº 389.

⁸⁰⁴ “Unlike survey-based research, laboratory experiments (Mondak 1991, 1992) provide direct support for the claim that attitudes toward decisions affect assessments of the Court.” MONDAK, Jeffery J., e Anke Grosskopf. *Do Attitudes toward Specific Supreme Court Decisions Matter?* Op. cit., p. 636.

opinião, focadas na Suprema Corte Americana, feitas por outros autores não encontraram esse impacto.⁸⁰⁵ Esses dois resultados se compatibilizam quando se percebe que a mais alta corte americana alcançou ao longo do tempo uma quantidade de capital institucional que tornou as variações decorrentes de decisões singulares pequenas.⁸⁰⁶ Nossa intuição é de que se Caldeira fizesse sua pesquisa de opinião em outros países – com tribunais constitucionais com menor reserva de capital institucional – ele teria encontrado uma correlação maior entre decisões singulares e o capital institucional.

Mesmo Pildes compreende essa dinâmica. Segundo ele, ainda que o capital institucional não se confunda com o resultado prático de decisões, um acúmulo de decisões que desviem substancialmente da vontade dos atores constitucionais certamente dissolverá esse capital. Em suas palavras, *“how far can the Court deviate from majoritarian preferences (public or political) before its second-order support dissolves?”*⁸⁰⁷

Jesse Choper também atribui às decisões específicas a capacidade de alterar substancialmente o capital institucional. No seu já mencionado livro *“Judicial Review and the National Political Capital”*, pioneiro sobre o tema do capital institucional, ele propôs duas ideias fundamentais para nosso trabalho, a “teoria do crescimento constante do capital” (*Theory of Constant Growth of Capital*)⁸⁰⁸ e o “impacto cumulativo da hostilidade do público” (*cumulative impact of public hostility*).⁸⁰⁹

A teoria do crescimento constante do capital sugere que todo exercício do controle de constitucionalidade acaba por aumentar esse capital e, quanto mais frequentemente o judiciário atue na seara constitucional, mais natural será a aceitação desse poder por parte das pessoas e maior será então, a sua legitimidade.⁸¹⁰

Já a ideia de impacto cumulativo da hostilidade pública propõe, em linha do que ora defendemos, que a discordância com certos resultados da corte impacta no capital institucional e esse impacto vai se tornando cada vez maior na medida em que as decisões

⁸⁰⁵ Ibid., p. 635. “Tanenhaus and Murphy (1981) found that approval of Supreme Court rulings accounted for roughly 15 percent of the little variance in diffuse support they detected. However, due to the nine-year gap between the waves of their panel survey, the authors could not attribute change in support to any specific court rulings.”

⁸⁰⁶ PILDES, Richard H. Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution? Op. cit. p. 41. “That the power and stature of the Court have increased dramatically over time is widely recognized”.

⁸⁰⁷ Idem., p. 44.

⁸⁰⁸ CHOPER, Jesse H. Judicial Review and the National Political Process. Op. cit., p. 162.

⁸⁰⁹ Ibid., p. 156

⁸¹⁰ CHOPER, Jesse H. Judicial Review and the National Political Process. Op. cit., p. 162 “The argument, which may be termed the theory of constant growth of capital, contends that each assertion of the Court’s negative authority of judicial review ultimately augments that authority and the more regular the judiciary’s invalidating command, the more likely and accustomed the public acceptance.”

contrárias aos interesses do agente vão se multiplicando. Em termos matemáticos, o antagonismo reiterado da Corte em face de um ator constitucional torna o impacto da retirada de apoio desse ator exponencialmente maior a cada nova decisão que o prejudique ou com a qual não concorde:

the Court's prestige and authority is of broad institutional nature, and when the Court expends its store of capital it tends to do so in a cumulative fashion. Since public antagonism, resistance, and retribution appear to have a spill-over effect, if one or another of the Court's rulings sparks a markedly hostile reaction, then the likelihood that subsequent judgments will be rejected is greatly increased even though the later invalidations would, in themselves, be only mildly productive of popular resentment.⁸¹¹

A percepção do impacto cumulativo da hostilidade em relação às decisões só se agrava com a conclusão de Mondak e Grosskopf de que as pessoas valoram de forma mais intensa informações negativas do que positivas, num fenômeno conhecido como preconceito negativo (*negativity bias*). Segundo esses autores, esse processo cognitivo afeta o julgamento que as pessoas fazem das cortes e o resultado prático é que a perda de capital institucional em função de decisões impopulares é maior do que o ganho decorrente de decisões populares.⁸¹²

Ainda que decisões populares não aumentem o capital institucional na mesma intensidade que as decisões impopulares o diminuem, não parece haver dúvidas que aqueles que são beneficiados ou concordam com determinada decisão do judiciário aumentam, em alguma medida, a sua estima pela Corte, ou seja, aumentam o seu capital institucional. Essa é a conclusão de Choper⁸¹³ e de Mondak.⁸¹⁴ Para esses autores,

⁸¹¹ Ibid., p. 156

⁸¹² MONDAK, Jeffery J., e GROSSKOPF, Anke. Do Attitudes toward Specific Supreme Court Decisions Matter? Op. cit., p. 636. "Social psychologists have shown a tendency of people to weigh negative information more heavily than positive information in various cognitive tasks, a phenomenon commonly known as a "negativity bias" (e.g., Fiske 1980; Pratto and John 1991; Skrowonski and Carlston 1987, 1989). We believe that such a bias may affect judgments about the Supreme Court. (...) We hypothesize that precisely such a negativity bias operates on perceptions concerning the Supreme Court, meaning that the harm the Court suffers from its unpopular rulings is not offset by a boost in public esteem from its popular rulings."

⁸¹³ CHOPER, Jesse H. Judicial Review and the National Political Process. Op. cit., p. 139. "judicial disapproval of local regulations may actually conform to the beliefs of a national majority and thereby increase the Court's store of esteem and good will. Moreover, on some occasions, the Justices' explanation for their invalidation of laws that had broad popular support may be so persuasive as to draw on the latently held moral values of a large percentage of the citizenry and thus produce their immediate agreement and enhance the Court's prestige and capital."

⁸¹⁴ "Does institutional support return to some equilibrium once dispute surrounding a particular ruling fades, or must the Court release popular edicts to offset the effects of its controversial decisions?" MONDAK, Jeffery J. Institutional Legitimacy, Policy Legitimacy, and the Supreme Court. Op. cit. p. 474.

decisões que se conformem à vontade da opinião pública irão necessariamente ampliar o seu capital institucional.

Em suma, entendemos que o capital institucional é dinâmico e que o resultado prático das decisões judiciais é a principal causa do seu aumento ou diminuição. Mas, além de compreender essa causalidade, precisamos entender como os diversos atores políticos e constitucionais influenciam essa variação. Para fazê-lo, será necessário sistematizar as decisões das cortes constitucionais em duas categorias que irão tornar mais simples essa explicação.

3.3.2 Uma proposta de classificação das decisões judiciais

Apesar de ter trabalhado a noção de capital institucional e de seu acúmulo ou gasto, Choper reduziu sua explicação desse acúmulo ou gasto à concordância/contrariedade da opinião pública. Barry Friedman faz a mesma redução, segundo ele, “*ultimately it is popular approval or disapproval – of court decisions (...) that determines the alacrity with which any institution may act.*”.⁸¹⁵ Nesse modelo, decisões que se conformem às crenças das majorias nacionais irão aumentar o estoque do capital institucional, enquanto decisões “antimajoritárias”, ou seja, que contrariem a vontade da maioria, irão gastar esse capital até, eventualmente, o esgotar.

Essa análise com base na opinião pública é incompleta, como vimos no capítulo anterior. São muitos os atores constitucionais e políticos que empoderam o Judiciário, não apenas a opinião pública. O executivo, o legislativo, os grupos de interesse e a opinião pública exercem papel relevante na expansão do poder do Judiciário. E a concordância/benefício ou discordância/prejuízo de todos esses atores afetam o capital institucional das cortes, ainda que de forma diferente.

Alguns estudos apontam que a intensidade da variação do capital institucional é maior quando a decisão afeta atores políticos do que quando atinge o público em geral. Para os políticos, as decisões específicas impactam de forma mais aguda o seu apoio difuso,⁸¹⁶ porque os políticos estão em regra mais preocupados com os efeitos imediatos

⁸¹⁵ FRIEDMAN, B. The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction’s Political Court. Public Law and Legal Theory Working Paper Series. Paper n. 49. 2002. p. 3.

⁸¹⁶ Friedman cita Caldeira, para quem “Opinion leaders, unlike members of the mass public, apparently condition commitment to the Court as an institution upon agreement with judicial policies.”. CALDEIRA, Gregory. Courts and Public Opinion, *The American Courts: a Critical Assessment*. p. 324. *apud* in FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. p. 326, Nota de rodapé nº 389.

no cenário político.⁸¹⁷ Para alguns atores, portanto, a quantidade de capital institucional que estão dispostos a dar ou a retirar é indistintamente associada à concordância com as decisões imediatas. Nas palavras de Caldeira e Gibson, *“for many of the opinion leaders support for the high bench is contingent upon satisfactory judicial policies. That is, for many of these respondents, diffuse support behaves as if it were specific support”*.⁸¹⁸

Ou seja, além de compreender que o resultado prático das decisões judiciais impacta diretamente no capital institucional das cortes, há que se observar que cada ator beneficiado/prejudicado por uma decisão irá ampliar/reduzir a quantidade de capital institucional que concede de forma distinta. Podemos elaborar um exemplo para ilustrar o ponto. Supondo uma decisão “x” que prejudique o legislativo, mas tenha a concordância da opinião pública, o impacto dessa decisão na variação do capital institucional da Corte dependerá do resultado da subtração da quantidade gasta em relação ao legislativo e da soma da quantidade ganha em relação à opinião pública. Trata-se, sem dúvida, de uma avaliação complexa e inalcançável em valores matemáticos precisos.

Apesar da dificuldade de mensurar essa variação em relação a cada um dos responsáveis pelo aumento/diminuição do capital institucional do Judiciário, podemos classificar as decisões judiciais a partir de duas categorias que, juntas, irão simplificar o dimensionamento dessa variação.

O primeiro critério de classificação divide as decisões judiciais em majoritárias ou contramajoritárias. O objetivo é compreender a quantidade de agentes constitucionais que desejam/concordam com o resultado prático da decisão. O segundo parâmetro analisa a saliência política ou social das decisões e as divide em decisões ordinárias e extraordinárias.

3.3.2.1 Quanto à quantidade de agentes constitucionais que desejam o mesmo resultado

Embora os adjetivos majoritário e contramajoritário tenham se tornado linguagem corrente na análise de decisões judiciais, não existe na doutrina um padrão consistente

⁸¹⁷“elected officials’ incentives may well cause them to react differently to Court decisions than the public at large. Elected officials succeed in the long run by seeing their policies adopted successfully. Court decisions that frustrate policy are thus likely to have a more immediate impact on officials’ interests.” FRIEDMAN, Barry. “The Politics of Judicial Review.” Op. cit., p. 327.

⁸¹⁸ CALDEIRA, Gregory A., GIBSON, James L. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. Op. cit., p. 656.

sobre a melhor acepção do termo. Richard Pildes⁸¹⁹ critica a falta de padrão teórico dos principais estudiosos sobre o assunto. Essa falta de compreensão sobre o que significa uma maioria torna o conceito tão maleável que as conclusões dos autores sobre o tema ficam difíceis de comprovar e até de refutar. A crítica de Pildes deve ser o ponto de partida da nossa tentativa de sistematização:

The lack of a precise conception of the relevant majority enables majoritarians to claim that almost any decision of the Court reflects majoritarian views, since there is almost always some “majority” to which one can appeal in asserting that the Court’s decisions reflect “majority” views. (...) Different theorists appeal to different baselines for defining what constitutes the “majoritarian views” that purportedly constrain the Court. Or the same theorists invoke different concepts of “the majority” in different works.⁸²⁰

Após demonstrar a inconsistência na definição dos teóricos sobre o que significa ser “majoritário”, Pildes elenca as diferentes perspectivas dos autores que tratam do tema. Robert Dahl,⁸²¹ por exemplo, tomou como parâmetro para a sua maioria o Congresso Americano no momento da invalidação da norma. Dahl entendeu que utilizar o legislativo era suficiente na medida em que ele seria representativo tanto da maioria no próprio poder quanto em relação ao povo e à opinião pública, sob o argumento de que os políticos que não soubessem ler a opinião de seus constituintes (opinião pública) eventualmente perderiam seus cargos. As maiorias no Congresso corresponderiam às maiorias sobre os temas a serem decididos pela Suprema Corte. E o inverso seria igualmente verdadeiro.

Já Barry Friedman, como mencionamos ao longo deste trabalho, se atém a ideia de “vontade do povo”, ou a “*mainstream public opinion*”,⁸²² para estabelecer o seu parâmetro de maioria.

Keith Whittington, por outro lado, assume como marco da análise das decisões da Suprema Corte a influência do Poder Executivo, considerando como majoritárias as decisões que se alinham ao grupo político do presidente.⁸²³

Jack Balkin parece utilizar o mesmo parâmetro de Dahl da “coalizão majoritária”. Contudo, partindo de sua adesão ao “entrincheiramento”⁸²⁴ como a principal justificativa

⁸¹⁹ PILDES, Richard H. Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution? Op. cit. p. 15.

⁸²⁰ Ibid., pp. 14-15

⁸²¹ DAHL, Robert. A. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”. 6 *Journal of Public Law*. 1957 pp. 281-282.

⁸²² FRIEDMAN, B. *The Will of the People*. Op. cit., p. 369. “But the long-run fate of the Roberts Court is not seriously in doubt; its decisions will fall tolerably within the mainstream of public opinion, or the Court will be yanked back into line.”

⁸²³ “Keith Whittington, (...) argues that the Court reflects the policy preferences, not of national lawmaking institutions, but of the president or “the presidential wing” of the dominant party..” PILDES, R. Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution? Op. cit., p. 16.

da existência do controle de constitucionalidade, sua “coalizão majoritária” muitas vezes não se refere àquela do momento em que a decisão é tomada, mas sim àquela que colocou o juiz em sua posição. Note-se que nesses termos uma decisão pode ser contrária à maioria do momento em que está sendo tomada, mas coerente com uma maioria que existiu no passado. Nesses casos Balkin também enxerga uma decisão “majoritária”.⁸²⁵

Mark Graber propôs que uma decisão seja considerada majoritária se existir algum grupo dentro da elite política que apoie o seu resultado. Ou seja, ele enfatiza grupos de interesse como os responsáveis por decisões da Suprema Corte, e, nesse sentido, uma decisão será majoritária sempre que encontrar algum patrocinador dentro desses grupos.⁸²⁶ Na linha de Graber, grupos dentro da coalizão majoritária podem ter opiniões diversas, seja na coalizão que sustenta o governo seja entre pontos de veto distintos, como, por exemplo, a Câmara e o senado. De todo modo, a questão deixaria de ser contramajoritária.

Em suma, o conceito de majoritário pode significar a coalizão política majoritária do momento da invalidação (Dahl), a coalizão política majoritária do momento em que o juiz foi investido na função (Balkin), a opinião pública (Friedman), o presidente (Whittington) ou grupos de interesse (Graber). A multiplicidade de conceitos do que significa ser “majoritário” faz com que decisões como *Brown v. Board of Education*,⁸²⁷ ou

⁸²⁴ Mais sobre o “entrenchamento” como motivação para empoderar o Judiciário, ver o capítulo II.

⁸²⁵ “For Jack Balkin, the theory sometimes is taken to mean that courts work in cooperation with “the dominant national political coalition.” They invalidate “statutes passed by older regimes that are inconsistent with the current coalitions’s values.” Here “majoritarian” means the current national lawmaking majority, similar to Dahl’s baseline. Yet at other times, Balkin is concerned about the problem of “partisan entrenchment,” which he calls the most important factor in understanding how judicial review works. In this view, justices are responsive not to current lawmaking majorities, but to those that were in power at the time the justices were appointed. The governing coalition at one point in time appoints justices who entrench that coalition’s preferences long into the future (...) Balkin notes that this might suggest the Court is indeed a countermajoritarian institution. But he rejects this view and argues that the Court represents “a temporally extended majority rather than a contemporaneous one.” Here, the definition of “majoritarian” is the governing coalition at the time a justice was appointed; the Court is not countermajoritarian because it enforces the preferences of the earlier lawmaking majority.” PILDES, R. Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution?, op. cit., pp. 15-16.

⁸²⁶ “Graber offers a particularly thin conception of majoritarian constraint by asserting that the Court is majoritarian in the sense that some “subset of the lawmaking elite supports particular judicial decisions or the trend of judicial decision making”; the key point, for him, is that courts do not protect those who have “no” champions among the powerholding majority.” Ibid., pp. 16-17.

⁸²⁷ “These different definitions of “the majority” come into play when majoritarians contend with one of the most important decisions of the 20th century, *Brown*. The views of “majoritarian” theorists about the extent to which *Brown* and related cases reflected majoritarian preferences at the national level reflect a wide range of different conclusions. These divergences cast doubt on the cogency of the underlying theoretical claim. (...) Thus, the majoritarian theory has no settled view about the monumentally significant *Brown* decision. Slipping back and forth between appeals to a vaguely-defined and deeply divided “national opinion,” and appeals to majorities in lawmaking bodies which did not support the Court but were not coherent or large enough to overturn the Court, the theory fails to make any clear sense of whether one of the most significant decisions in the Court’s history is consistent with the theory’s claims or not.” PILDES, R. Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution?, op. cit., pp. 18=20.

mesmo períodos inteiros como a “Era Lochner”⁸²⁸ sejam classificados por uns como “majoritários” e por outros como “contramajoritários”.

O período da disputa entre o presidente Franklin Roosevelt com a Corte em prol do New Deal, que culminou no famoso “*court-packing plan*”, ilustra essa dubiedade muito bem. Aqueles que defendem a Corte como “majoritária” não hesitam em citar esse período como a demonstração clara de que, no limite, a opinião pública controla a Corte. E mais, como nota Feldman, citando as pesquisas feitas por Barry Cushman, a percepção geral não era de uma Suprema Corte contramajoritária.⁸²⁹ Contudo, como enfatiza Pildes, os embates relacionados ao New Deal demonstram o contrário do conhecimento convencional, ou seja, que a Corte consegue permanecer contramajoritária e independente mesmo em face de enorme oposição. Só nas mais extraordinárias circunstâncias, como no alinhamento entre o executivo, o legislativo e a opinião pública, a Corte pode ser “vencida”, o que faria desse exemplo a confirmação da capacidade contramajoritária.⁸³⁰

Essa aparente inconsistência decorre do fato de que esses autores analisam o capital institucional a partir de atores constitucionais específicos. Friedman, por exemplo, estuda o poder judicial a partir da popularidade, o que naturalmente o leva a utilizar como parâmetro de majoritário/contramajoritário a opinião pública. O mesmo pode ser dito de Witthington, Dahl e Graber. Suas concepções de majoritário ficaram circunscritas aos agentes a partir dos quais analisaram o poder judicial, respectivamente, o presidente, a coalizão governamental e os grupos de interesse.

Nosso estudo tentou ser mais amplo e concluiu que são quatro os agentes fundamentais envolvidos no empoderamento do judiciário: o executivo, o legislativo, a opinião pública e os grupos de interesse. Portanto, o conceito de majoritário/contramajoritário precisa ser capaz de integrar todos esses agentes, respeitando suas vontades autônomas e admitindo a dificuldade de alcançar empiricamente esses conceitos de forma absoluta. Afinal, se a complexidade metodológica de definir na prática quando uma decisão é majoritária já existe quando se isola um desses atores, ela se torna ainda mais complexa quando todos eles são agregados.⁸³¹

⁸²⁸ “For example, the Lochner era’s activism might have reflected majority popular opinion even as the Court overturned lawmaking majorities.” Ibid., p. 17.

⁸²⁹ FELDMAN, Brian. Evaluating Public Endorsement of the Weak and Strong Forms of Judicial Supremacy. Virginia Law Review. V. 89, nº 5, Setembro de 2003. pp. 979-1036.

⁸³⁰ Ibid. p. 26.

⁸³¹ Em tese, em um grupo fechado, a maioria é absoluta quando pelo menos metade mais um dos membros a integra. Metodologicamente, poder-se-ia falar em maioria da opinião pública quando metade mais um dos seus membros faça parte dela. O mesmo em relação aos grupos de interesse, cuja maioria precisaria considerar o conjunto inteiro dos grupos de interesse e dele extrair metade mais um. Empiricamente, essas

Para contornar essa dificuldade podemos trabalhar com uma quantificação gradual em relação ao que se entende por majoritário/contramajoritário. Partindo de uma ideia de graus, uma decisão deixa de ser majoritária ou contramajoritária, e passa a ser totalmente majoritária/contramajoritária, fortemente majoritária/contramajoritária, e moderadamente majoritária/contramajoritária. Nesse sentido, uma decisão totalmente majoritária seria aquela apoiada pela totalidade dos integrantes dos agentes que empoderam o judiciário (presidente, legislativo, opinião pública e grupos de interesse), e a totalmente contramajoritária seria aquela que não encontraria suporte em nenhum desses atores, apenas nos membros da corte que a proferiu. Esses exemplos extremos apenas balizam o conceito. Mais comumente as decisões serão fortemente majoritárias/contramajoritárias ou moderadamente majoritárias/contramajoritárias, dependendo do número de agentes beneficiados.

Intuitivamente, quanto mais atores concordarem com a decisão, mais fortemente majoritária ela será. Por exemplo, uma decisão que conte com o apoio do presidente, da maioria da opinião pública e da maioria dos grupos de interesse será fortemente majoritária. Já uma decisão que desagrade a todos esses atores, e agrade apenas a uma minoria do legislativo, por exemplo, será fortemente contramajoritária.

A majoritariedade/contramajoritariedade se refere ao número de atores que apoiam ou se opõem a uma decisão, e apenas subsidiariamente à quantidade de pessoas que o fazem. Como vimos no capítulo anterior, o presidente, por exemplo, é um agente fundamental no empoderamento do judiciário, ainda que ele seja apenas uma pessoa. Choper cita Westin para demonstrar que, na experiência da Suprema Corte americana, *“desde o início, a Corte evitou decisões contra o Presidente quando os juízes sentiram que tais decisões iriam prejudicar a sua imagem.”*⁸³² Essa também é a conclusão de Howell, que defende que se pode esperar do Judiciário uma atuação voltada, em regra, para validar a atuação do presidente, mesmo quando princípios legais ou a ideologia média da corte demande afrontá-lo.⁸³³

Em uma situação em que a Corte Constitucional Russa invalidou um decreto do presidente Yeltsin, Schwartz também enfatiza essa autonomia das vontades. No caso

análises costumam ser feitas de forma aproximada. O nosso conceito de majoritário englobando todos esses agentes precisaria fazer essa consideração matemática em relação a todos eles, o que é inviável.

⁸³² CHOPER, Jesse H. *Judicial Review and the National Political Process*. Op. cit., p. 161. “Alan Westin concludes that since the beginning, the Court has consciously avoided rulings against the President when the Justices felt that such decisions would tarnish their image.”

⁸³³ HOWELL, William G. *Power without Persuasion: The Politics of Direct Presidential Action*. Op. cit. p. 139.

específico, a Corte teria sido corajosa por ter considerado inconstitucional um decreto que, embora fosse impopular, tinha sido emitido pelo então presidente, que era popular.⁸³⁴

Da mesma forma o Congresso Nacional brasileiro, que também é crucial no desenvolvimento do STF, mas conta com quinhentos e noventa e quatro membros. Ainda que toda a opinião pública apoie uma decisão, se essas quinhentas e noventa e cinco pessoas (Congresso e Presidente) forem contrárias a ela, não entendemos possível qualificar tal decisão como “majoritária”. Claro que a quantidade de pessoas que apoia ou se opõe a uma decisão é importante para caracterizar uma maioria ou minoria. Mas alguns membros do todo acabam, por sua posição institucional ou força política, pesando mais nessa definição do que outros. A maioria que informa nosso parâmetro é qualificada pelos quatro agentes que definimos como essenciais para a construção do poder judicial, o executivo, o legislativo, a opinião pública e os grupos de interesse.

Ressalte-se que para considerar cada um desses agentes como vontades autônomas - que podem, inclusive, conflitar - estamos deixando de lado a redução feita por Dahl, por Friedman, e por outros autores, que assumiram que os agentes a partir dos quais analisaram o judiciário seriam representativos dos demais.⁸³⁵ Nossa proposta considera a autonomia de cada um desses atores, ainda que isso importe em reconhecer um déficit representativo do legislador em face da opinião pública.

Esse desencontro entre as vontades do legislador e dos representados (opinião pública) vem ganhando eco na doutrina,⁸³⁶ e foi por nós tratado no item em que falamos do legislativo. Com base nessa percepção, o professor e Ministro Luís Roberto Barroso propôs uma segunda classificação que divide as decisões em representativas e contramajoritárias. Nas suas palavras:

O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e

⁸³⁴ SCHWARTZ, Herman. *The struggle for constitutional justice in post-communist Europe*. Chicago: The university Press, 2002. p. 121.

⁸³⁵ Ou seja, para Dahl, uma maioria na coalizão governamental significaria uma maioria na opinião pública e nos grupos de interesse. Para Friedman, a maioria na opinião pública seria equivalente a maiorias tanto no legislativo quanto nos grupos de interesse.

⁸³⁶ GRABER, Mark. *The Countermajoritarian Difficulty: From Courts to Congress to Constitutional order*. “This essay documents how scholarly concern with democratic deficits in American constitutionalism has shifted from the courts to electoral institutions.” Seu artigo tem o propósito de ressaltar justamente que a instituição que produz os resultados contramajoritários atualmente é o congresso, e não o judiciário. Sobre esse tema, ver também, MANN, Thomas; ORNSTEIN, Norman. *The Broken Branch: How Congress is Failing America and How to Get it Back on track*. p. 1.

Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo *contramajoritário*. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como **representativo**. **Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional.**⁸³⁷

Embora tenha associado a representatividade às demandas e aos anseios políticos não satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional, acreditamos que a representatividade pode ser empregada em outro contexto. Para nós, uma decisão será representativa quando coincidir com o resultado específico desejado pelos representantes, ou seja, pelo legislador, e *contrarrepresentativa*, quando for de encontro a esse desejo. Essa segunda classificação evidencia a desvinculação entre representantes e representados, ou seja, deixa claro que uma decisão pode, por exemplo, agradar à opinião pública, e, portanto, ser majoritária, mas ainda assim ir de encontro à vontade do legislativo, quando será *contrarrepresentativa*.⁸³⁸

Feito o registro, acreditamos que a representatividade/*contrarepresentatividade* está incorporada à gradação de *majoritário/contramajoritário*, na medida em que a concordância/discordância do legislador é um dos fatores que indica se uma decisão é fortemente ou moderadamente majoritária/*contramajoritária*.

Em conclusão, se o grau de *majoritariedade/contramajoritariedade* mede a quantidade de atores constitucionais que apoiam ou se opõem a uma decisão judicial, e a concordância/discordância das decisões influencia diretamente a quantidade de capital institucional que esses atores concedem ou retiram do judiciário, podemos concluir que quanto mais fortemente majoritária for uma decisão judicial, mais ela irá ampliar essa “reserva de boa vontade” que chamamos de capital institucional. Por outro lado, quanto mais fortemente *contramajoritária* for uma decisão das cortes, mais ela irá gastar esse capital.

Um último ponto sobre nossa proposta de definição de *majoritário/contramajoritário* diz respeito ao momento em que essa análise é feita. Nossa perspectiva temporal será sempre a do momento da decisão. Há que se ter em mente que

⁸³⁷ BARROSO, Luis Roberto. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. op. cit., pp. 14-15.

⁸³⁸ GRABER, Mark. The Countermajoritarian Difficulty: From Courts to Congress to Constitutional order. “This essay documents how scholarly concern with democratic deficits in American constitutionalism has shifted from the courts to electoral institutions.” Seu artigo tem o propósito de ressaltar justamente que a instituição que produz os resultados *contramajoritários* atualmente é o congresso, e não o judiciário. Sobre esse tema, ver também, MANN, Thomas; ORNSTEIN, Norman. The Broken Branch: How Congress is Failing America and How to Get it Back on track.

nossa classificação é uma foto, não um filme. Uma decisão contramajoritária ontem pode ser majoritária hoje, e vice-versa. Essa dificuldade exige sempre que se contextualize temporalmente os temas que estão sendo estudados. Como dissemos, é nesse ponto que Dahl e Balkin discordam. O primeiro utiliza como parâmetro temporal para definir uma decisão contramajoritária o fato de a decisão invalidar uma lei que tenha entrado em vigor até quatro anos antes da decisão. Já para Balkin, a contramajoritariedade se refere à vontade dos atores constitucionais no momento em que o juiz foi investido. Em função da nossa proposta abrangente, não podemos seguir nenhum desses dois caminhos. A análise do grau de majoritariedade/contramajoritariedade deve ser feita em relação às preferências no momento em que a decisão é tomada, sem nenhuma regressão temporal.

Definida a nossa compreensão do que se deve entender por majoritário/contramajoritário e do momento em que essa análise deve ser feita, há que se dar o próximo passo. Afinal, não é apenas o grau de majoritariedade/contramajoritariedade de uma decisão que define o seu impacto na variação do capital institucional. Além da quantidade de atores que concordam/discordam, há outro dado fundamental: a intensidade com que o fazem.

Por isso precisaremos propor uma segunda classificação das decisões judiciais, que leve em conta justamente a relevância e a intensidade política do tema decidido.

3.3.2.2 Quanto à relevância política

Algumas questões políticas são naturalmente mais salientes do que outras e produzem maior mobilização em grupos de interesse, na opinião pública ou nos atores políticos. Dois exemplos clássicos são a segregação racial e o aborto. Em questões desse tipo, a intensidade da oposição ou do apoio em relação ao resultado de uma decisão judicial aumenta o seu impacto no capital institucional, independentemente do seu grau de majoritariedade/contramajoritariedade. Ou seja, uma decisão fortemente majoritária que sofra oposição intensa de uma minoria pode gastar mais o capital institucional do judiciário do que uma outra decisão moderadamente majoritária que não desagrade de forma intensa seus opositores. Nas palavras de Mondak e Grosskopf, “*critical reactions to*

*a decision by even a relatively small percentage of the public can trigger a measurable decline in confidence”.*⁸³⁹

Mate e Wright expõem que decisões extremamente relevantes do ponto de vista político e social como *Bush v. Gore* tendem a interferir de forma mais aguda no capital institucional, seja o aumentando ou diminuindo, conforme se concorde/discorde delas.⁸⁴⁰

Peretti também compreende a intensidade da oposição/apoio a uma decisão como um fator relevante na análise do gasto de poder. Por isso ela sugere que se antecipe a intensidade da oposição à decisão e se adeque a ela, para evitar gastos excessivos desse capital.⁸⁴¹

Chamaremos essas decisões politicamente relevantes, com potencial de intensa reação por parte dos agentes constitucionais, de extraordinárias. Elas se contrapõem a decisões que são pouco importantes ou pouco salientes do ponto de vista da intensidade da reação a seus resultados. Choper expressamente admitiu que a maior parte das decisões judiciais, mesmo as que envolvem algum controle de constitucionalidade, passam completamente despercebidas pelas pessoas em geral.⁸⁴² Decisões desse tipo serão qualificadas como ordinárias.

Os holofotes costumam enganar. Embora os principais debates sobre as Cortes Constitucionais pelo mundo costumem analisar decisões difíceis, controversas, ou com alto teor de conteúdo político e moral, essa não é a realidade do dia-a-dia do Judiciário. A rotina desse poder é focada em decidir casos com nenhuma ou pouca saliência. Seguindo esse padrão, tampouco a opinião pública está preocupada com o Judiciário no seu cotidiano. Como observa Caldeira, *“In the normal course of events, the Court does not rank high in public visibility.”*⁸⁴³

A ideia de acrescentar mais um item para a nossa classificação decorre de dois fatos. Primeiro, da percepção de que as decisões ordinárias são as que mais ajudam o

⁸³⁹ MONDAK, Jeffery J., e Anke Grosskopf. Do Attitudes toward Specific Supreme Court Decisions Matter? Op. cit., p. 652.

⁸⁴⁰ “In line with Mondak and Smithey’s (1997) views of legitimacy, these findings show that a specific decision that is both highly salient and highly politicized can erode even diffuse support for the Supreme Court among certain groups of people.” MATE, Manoj. WRIGHT, Matthew. The 2000 presidential election controversy. In. PERSILY, Nathaniel. CITRIN, Jack. EGAN, Patrick J. Public Opinion and Constitutional Controversy. New York: Oxford University Press. 2008. p. 348.

⁸⁴¹ PERETTI, T. *In Defense of a Political Court*. Op. cit., pos. 1863-1871. “(...) the [Court] would need to be concerne with the nature and strength of the opposition. (...) For those situations in which a justice believes the opposition is strong enough to threaten the policy goal or the Court, there are varying degrees of policy accommodation or moderation that can be pursued...”

⁸⁴² CHOPER, Jesse H. Judicial Review and the National Political Process. Op. cit., p. 139 “It is true, as we have noted, that many exercises of judicial review may go largely unnoticed by all relevant constituencies.”

⁸⁴³ CALDEIRA, Gregory A. “Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court.” *The American Political Science Review*, V. 80, No. 4 (Dec., 1986). p. 1215.

Judiciário a construir o seu capital institucional, como bem observou Shapiro: “*the day to day power over small decisions rather than the ability to change dramatically the whole course of government that often constitutes the key to judicial policymaking*”.⁸⁴⁴ Essa também é a percepção de Graber, que acredita que o controle de constitucionalidade se estabeleceu como uma prática admitida e cultivada nos Estados Unidos a partir de casos irrelevantes politicamente:

The Supreme Court’s federal law docket until the Civil War was dominated by politically uncontroversial land cases, technical questions of federal jurisdiction, and other issues of similar political insignificance. (...) With the exception of slavery, the late Marshall and Taney Court may never have adjudicated a question of federal constitutional law on which a majority of Americans had an opinion. (...) These political inconsequential land cases helped establish judicial review of federal legislation by generating much good will for the judiciary.⁸⁴⁵

Sobre esse tema já tratamos no capítulo anterior. A reiteração da competência da Corte em casos pouco salientes consolida o poder judicial. Ou seja, existem decisões que não se encaixam perfeitamente na dicotomia majoritário/contramajoritário, pelo fato de serem politicamente pouco importantes para a maior parte das pessoas. Nessas situações, o judiciário atua, nas palavras de Friedman, como se estivesse “voando abaixo do radar”⁸⁴⁶ e, do ponto de vista estratégico, a atuação discreta reitera o poder do judiciário e lhe permite ampliar o seu capital institucional.⁸⁴⁷

Há que se perceber que no conceito de decisão extraordinária existem duas variáveis: a saliência pública e a intensidade da reação dos opositores ou beneficiados. Elas não são a mesma coisa, embora em regra as decisões extraordinárias o sejam porque há indivíduos que com ela concordam ou discordam de forma suficientemente acentuada para torná-la notícia. Assim, uma decisão extremamente extraordinária será aquela que

⁸⁴⁴ SHAPIRO, Martin. *Law and Politics in the Supreme Court*. New York: Free Press, 1964. p. 41-42.

⁸⁴⁵ GRABER, M. *Naked Land transfers*, op. cit., p. 77.

⁸⁴⁶ FRIEDMAN, B. *The Will of the People*. Op. cit., p. 377/378. “The Court also has a better chance of going its own way in cases that are of low public salience. The Court decides lots of cases, and only so many of them can make it to the public consciousness. In others, the Court can fly under the radar, unnoticed. The Roberts Court has decided a large number of “pro-business” cases, often decided by large margins, if not unanimously. Though this has gotten some attention in the press, for the most part the media’s focus has been on certain high-profile cases like those involving abortion, pupil assignment to schools, gun control, and the like.”

⁸⁴⁷ Em seu estudo sobre o tema, Caldeira aparentemente contradiz essa afirmação, ao afirmar que seus estudos comprovaram que quanto maior a visibilidade da Corte, maior é o nível de apoio que ela recebe do público. Cada aumento de 12% de cobertura da corte no New York Times resultou no aumento de 1% na confiança na Corte. Esse fato se encaixa perfeitamente na percepção da teoria do constante aumento do capital, que sugere que o aumento do prestígio e aceitação decorrem da continua exposição à atuação da Corte. Contudo, essa exposição da Corte em sentido amplo não se confunde com o grau de saliência de uma decisão ou de um tema específico. v. CALDEIRA, G. *Neither the Purse*, op. Cit., p. 1222.

tenha alta saliência pública e cuja intensidade da reação dos opositores/beneficiados seja também alta.

Ressalte-se, ainda, que a classificação das decisões judiciais em “ordinárias” e “extraordinárias” também não é absoluta, e deve ser analisada em graus. Afinal, decisões ordinárias não são essencialmente distintas das extraordinárias. Elas serão tão mais extraordinárias/ordinárias quanto mais agentes as considerarem assim.

Com base nessa diferenciação, podemos concluir que a extraordinariedade de uma decisão potencializa o seu efeito na variação do capital institucional, ao passo que uma decisão ordinária tem um impacto consideravelmente menor nessa volatilidade.

3.3.3 A quota de decisões contramajoritárias

As classificações apresentadas têm o propósito de auxiliar na explicação da relação causal entre uma decisão de um tribunal e a variação do seu capital institucional, e nesse sentido, podemos enunciar que a variação do capital institucional é proporcional ao grau de majoritariedade/contramajoritariedade de uma decisão, combinada com o grau de importância e intensidade do tema envolvido. Ou seja, quanto mais fortemente majoritária/contramajoritária for uma decisão e mais intensamente extraordinária forem as reações em função do tema envolvido, maior será a variação do capital institucional.

Decisões fortemente contramajoritárias em temas politicamente sensíveis (extraordinários) representam o mais alto custo de capital institucional para uma corte. Essa percepção dos altos custos de decisões fortemente contrárias aos interesses dos atores políticos – em especial em temas extraordinários – levou Peretti a entender que o controle de constitucionalidade só prosperou nos Estados Unidos porque ele é exercido pela Suprema Corte de forma essencialmente voltada para a busca de consensos, ou seja, um controle que evita esse tipo de decisão fortemente contramajoritária, diretamente relacionada ao gasto do capital institucional.⁸⁴⁸ O consenso ou a tentativa de desagradar o mínimo possível de pessoas permite que o gasto de capital institucional seja menor.

Em suma, conclui-se que o gasto do capital institucional é diretamente proporcional a quão contramajoritária é uma decisão, enquanto a sua expansão guarda essa correlação com decisões majoritárias.⁸⁴⁹

⁸⁴⁸ PERETTI, Terri. *In Defense of a Political Court*. Op. Cit., pos. 295.

⁸⁴⁹ Isso considerando que aqueles que apoiam a decisão e os que dela discordam atribuem a mesma relevância ao tema. Caso contrário, como dissemos, essa afirmação pode ficar mitigada.

Com esse nexo causal em mente, e conscientes de que o capital institucional pode se exaurir, a conclusão a que se chega é que existe um limite para o número de decisões contramajoritárias que uma corte pode proferir antes de gastar todo o seu estoque de capital institucional. Jesse Choper chegou à mesma conclusão:

At some point – the exact location of which is unknown, but the existence in fact virtually undisputed – the Court’s continued antimajoritarian rulings will tip the balance of credit accumulation and expenditures and animate a public sentiment that it has but a gossamer claim to legitimacy in a democratic society, thus either inducing popular disregard of the Court’s decisions or inspiring political forces to seek to bring it to heel, or both.⁸⁵⁰

O Judiciário, portanto, não pode ser contramajoritário o tempo inteiro. Uma seqüência ilimitada de decisões contramajoritárias irá gastar o seu capital institucional de forma irreversível. Murphy entende da mesma forma, quando expõe que “*overuse can cheapen the currency of judicial power.*”⁸⁵¹ Portanto, o Judiciário terá sempre uma quantidade máxima de decisões contramajoritárias que poderão ser proferidas em um dado momento antes de exaurir o seu estoque de prestígio, popularidade, e legitimidade (capital institucional). Alexander Bickel em seu livro “*The Supreme Court and the Idea of Progress*”, foi preciso em enfatizar o limite quantitativo de “*intervenções*” que o judiciário pode se permitir:

there is a natural quantitative limit to the number of major, principled interventions the Court can permit itself... A Court unmindful of this limit will find that more and more of its pronouncements are unfulfilled promises, which will ultimately discredit and denude the function of constitutional adjudication.⁸⁵²

Em outras palavras, as cortes precisam entender que possuem uma “*quota de decisões contramajoritárias*” além da qual não são capazes de ir. Essa quota é variável de acordo com o estoque acumulado de capital institucional e da intensidade do gasto desse recurso em cada decisão. Uma única decisão, se extremamente custosa politicamente, pode ser suficiente para gastar todo ou grande parte do capital institucional do Judiciário. Um exemplo é *Dred Scott v. Sanford*, que, em função do seu contexto e da situação política, foi suficiente para impor ao Judiciário um enorme gasto do seu prestígio e popularidade. Como coloca Choper, *Dred Scott* “*enfraqueceu a Corte por alguns anos*”,⁸⁵³ e teve como consequência a constante ameaça da independência do Judiciário

⁸⁵⁰ CHOPER, Jesse H. *Judicial Review and the National Political Process*. Op. cit., p. 139.

⁸⁵¹ MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*. Op. cit., p. 20.

⁸⁵² BICKEL, Alexander. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New Haven: Yale University Press. 1978. pp. 94-95.

⁸⁵³ CHOPER, Jesse H. *Judicial Review and the National Political Process*. Op. cit., p. 139.

durante os anos 1860 e 1870, como nunca antes desde a disputa com Thomas Jefferson.⁸⁵⁴ Já no caso da *Era Lochner*, esse gasto expressivo de capital institucional decorreu de uma sequência continuada de decisões, que foram consumindo o capital até colocarem a Suprema Corte americana em risco e culminarem no “*court-packing plan*”.⁸⁵⁵ Apesar do consumo do capital institucional variar de decisão para decisão, em princípio, quanto maior o estoque do capital institucional, maior essa quota. Há que se ter em mente algumas variáveis importantes, como o conceito de “hostilidade pública acumulada”, elaborado por Choper. Segundo essa ideia, a discordância severa de grupos de interesse ou de parte do público com decisões da Suprema Corte vão construindo uma rede de adversários que eventualmente podem se mobilizar para efetivamente reduzir a independência e o poder do Judiciário.

Compreender que as Cortes têm uma quota de decisões contramajoritárias, ou uma quota de decisões que gastam o seu capital institucional, nos parece ser a chave para conciliar duas perspectivas antagônicas sobre a real posição do judiciário na separação de poderes: a que vislumbra esse poder como o mais fraco, incapaz de alterar a realidade social ou de impedir os excessos das maiorias; e a outra, situada no extremo oposto, que concebe o governo de juízes ou até mesmo uma “supremocracia”, em que os juízes e a comunidade ficam excessivamente confiantes na autoridade e no poder do judiciário. Ambas estão erradas. A verdadeira natureza do poder judicial se situa entre esses extremos, como dissemos na conclusão do capítulo anterior. O que irá definir no caso concreto, se o Judiciário estará mais perto de um extremo ou do outro será justamente a quantidade do seu capital institucional e o custo que determinada decisão irá lhe impor.⁸⁵⁶

Podemos dar um exemplo para ilustrar o nosso ponto, com a ressalva de que fazer prognósticos é sempre difícil. Supondo que uma ADI questionasse a constitucionalidade das Leis nº 10.835, de 8 de janeiro de 2004, que instituiu a renda básica de cidadania, e nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que criou o programa Bolsa Família. Deixando de lado, nesse momento, considerações de cunho estritamente jurídico, sob o nosso prisma, ambas as leis parecem gozar de amplo apoio do poder executivo, de parte considerável do legislativo, da grande maioria da opinião pública e de muitos grupos de interesse. Mesmo

⁸⁵⁴ Idem.

⁸⁵⁵ CHOPER, Jesse H. *Judicial Review and the National Political Process*. Op. cit., p. 159.

⁸⁵⁶ “it is equally obvious the Court was insufficiently savvy, or perhaps too confident of its own authority. The Court may have avoided trouble at times, but it seems to have invited it at others.” FRIEDMAN, B. *The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction’s Political Court*. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. Op. cit., p. 23.

sem confirmações empíricas, podemos afirmar que tais leis são fortemente majoritárias. Nesse sentido, uma decisão do STF ratificando a constitucionalidade dessas leis seria fortemente majoritária e contribuiria para o seu acúmulo de capital institucional. Por outro lado, caso o STF entendesse tais políticas públicas como inconstitucionais, sua decisão seria fortemente contramajoritária, em um tema de intensa visibilidade política e apto a gerar uma reação muito grande por parte dos prejudicados. Ou seja, a invalidação dessas leis seria extremamente custosa do ponto de vista do capital institucional da instituição. É de se questionar inclusive se o STF teria capital institucional suficiente para impor uma decisão dessa natureza.

Howell, citando Strum, foi outro autor que intuiu o gasto excessivo de capital institucional e a cota de decisões contramajoritárias, *in verbis*:

The Court, of course, has no police officials of its own, and its independence is therefore of a limited kind. This might not be too significant in an individual case, but the Court's publication of worthless decisions has a cumulative effect. If one decree is ignored the Court loses some of its immense prestige, and each unenforced decision increases the possibility that the next will also go unheeded. Proportionately to the ineffectiveness of its rulings, the operational validity of the Court disappears, and it can eventually cease to exist as a body performing a valuable function. (Strum 1974, 3-4)⁸⁵⁷

Rodrigo Brandão foi provavelmente o primeiro autor nacional a expressamente tratar da questão das “cotas de decisões contramajoritárias” e demonstrou como é importante para o Judiciário equilibrá-las com decisões que sejam apoiadas pela opinião pública. Em suas palavras:

é natural que, caso a Corte decida reiteradamente de forma contramajoritária o estoque de apoio difuso tenda a reduzir-se progressivamente, pois é evidente que a opinião do povo quanto à qualidade das decisões de um tribunal tem forte impacto sobre a sua visão sobre o tribunal em si. Daí dizer-se que o apoio difuso define o quanto a Suprema Corte pode andar com as suas próprias pernas, distanciando-se da opinião pública. (...) o apoio difuso à independência judicial, que costuma existir em boa medida nas democracias constitucionais contemporâneas, garante-lhe um estoque de decisões contramajoritárias. Nesta esteira, o reconhecimento da influência da opinião pública sobre o controle de constitucionalidade não se incompatibiliza, antes estimula, a concepção de teorias prescritivas que se destinem a incitar o Judiciário a empregar a sua “cota de decisões contramajoritárias” para a tutela de direitos de minorias estigmatizadas, colocando-se à frente da opinião pública, tal como a Suprema Corte dos Estados Unidos o fez no caso *Brown v. Board of Education*.⁸⁵⁸

⁸⁵⁷ HOWELL, William G. *Power without Persuasion: The Politics of Direct Presidential Action*. New Jersey: Princeton University Press. 2003.

⁸⁵⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Op. cit., pp. 257-259.

Essa quota de decisões contramajoritárias é importante porque, como já vimos, uma decisão desagradável para um ator impacta mais em sua estima pela corte do que aquela que o beneficia, como vimos acima. Por essa razão, Gibson deixa claro que essa “reserva de boa vontade” não é importante quando o Judiciário está agradando. Só quando há conflito, e a decisão desagrada alguém, surgem questionamentos sobre a legitimidade. Diz-se, portanto, que uma instituição possui apoio difuso ou uma “reserva de boa vontade” quando se está disposto a admiti-la como legítima mesmo em face de uma decisão contrária aos próprios interesses. Por fim, ele conclui que esse estoque de boa vontade, ou estoque de legitimidade, é fundamental para que o Judiciário possa contrariar a opinião pública.⁸⁵⁹

Em suma, a quota de decisões contramajoritárias serve para demonstrar que há um limite de decisões nas quais a Corte é capaz de persuadir os demais atores, e esse limite é determinado por três variáveis, (i) a frequência e o número de vezes em que a Corte é contramajoritária; (ii) a importância dada pelos demais atores aos temas que ela veta; e (iii) a percepção da correção argumentativa e lógica do seu uso do direito. Nas palavras de Choper:

But, overall, as plainly manifested by public opinion surveys during the Warren years (whose details will be recounted shortly), the federal judiciary’s ability to persuade the populace and public leaders that it is right and they are wrong is determined by the number and frequency of its attempts to do so, the felt importance of the policies it disapproves, and the perceived substantive correctness of its decisions.⁸⁶⁰

O último item mencionado por Choper, “a percepção da correção da decisão”, tem íntima relação com a aderência ao direito. Afinal, como vimos, o direito e o Judiciário ganham força quando se mostram estritamente técnicos e desvinculados da política. Por isso, ainda que o resultado prático de uma determinada decisão seja a mais importante influência no capital institucional, a aderência ao direito e os comportamentos estratégicos que a ela se relacionam também são fundamentais.

⁸⁵⁹ Legitimacy becomes vital when people disagree about public policy. When a court, for instance, makes a decision pleasing to all, discussions of legitimacy are rarely heard. When there is conflict over policy, then some may ask whether the institution has the authority, the “right”, to make the decision. Legitimate institutions are those recognized as appropriate decision-making bodies even when one disagrees with the outputs of the institution. (...) Institutions such as courts need the leeway to be able to go against public opinion (as for instance in protecting unpopular political minorities). Scholars sometimes refer to this leeway in the context of the Rule of Law. Legitimacy provides the political capital enabling courts to rule according to the dictates of legal principles, rather than according to the demands of their constituents. GIBSON, James L. *Judicial Institutions*. in RHODES, R. A. W., BINDER, Sarah A., ROCKMAN, Bert A. *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford University Press: New York, 2008. pp. 525-526.

⁸⁶⁰ CHOPER, Jesse H. *Judicial Review and the National Political Process*. Op. cit., p. 139.

3.4 Aderência ao direito e outros comportamentos que influenciam o capital institucional

Posner sintetiza a necessidade do Judiciário ser aderente ao direito de forma lapidar:

The Supreme Court is a political court. The discretion that the justices exercise can fairly be described as legislative in character, but the conditions under which the “legislature” operates is different from those of Congress. Lacking electoral legitimacy, yet wielding Zeus’s thunderbolt in the form of the power to invalidate actions of the other branches of government as unconstitutional, the justices, to be effective, have to accept certain limitations on their legislative discretion... They have to be seen to be doing law rather than doing politics.⁸⁶¹

Como mencionamos ao definir o capital institucional, Weber entende que o Poder Legal é um dos três tipos puros de poder, e seria a base do poder do Judiciário. Bobbio o define como *“especificamente característico da sociedade moderna, funda-se sobre a crença na legitimidade de ordenamentos jurídicos que definem expressamente a função de detentor do Poder. A fonte do Poder é, portanto, a lei...”*⁸⁶² Friedman define esse bem que chamaremos de “Direito” como aderência, por parte dos aplicadores, a critérios pré-determinados e razoavelmente fixos. Ele chama essa postura de “formalista”, com o sentido de atuação das Cortes minimamente constrangida pelo Direito.

Propositadamente não listamos esse bem anteriormente. Os estudiosos divergem sobre a sua posição em relação ao capital institucional. Para uns ele é parte integrante do capital institucional, enquanto para outros não está contido no capital institucional, mas é parte integrante do capital político.

Os adeptos do modelo legal (*“legal model”*) defendem que a atuação dos juízes é inteiramente constrangida pelo ordenamento jurídico, sem espaço para considerações de ordem pessoal ou política no processo decisório do juiz, e entendem, portanto, que o principal bem ou recurso para o exercício do poder das cortes é a lei, reservando ao capital institucional um papel secundário ou até irrelevante. Nessa perspectiva, o “Direito” seria um segundo bem integrante do capital político do Judiciário, que disporia, então, do “Direito” e de seu capital institucional para exercer poder.

⁸⁶¹ POSNER, Richard. The Anti-hero. *New Republic*, review of B.A. Murphy, *Wild Bill: The legend and life of William O. Douglas*. *Apud* In. WHITTINGTON, Keith E., CALDEIRA, Gregory A., *The Oxford Handbook of Law and Politics*. 2010. p. 34.

⁸⁶² BOBBIO, Norberto Et al. *Dicionário de Política*, Op. Cit., p. 940.

No outro extremo estão os realistas e os cientistas políticos em geral. Esses costumam reconhecer que há algo além do direito no processo decisório judicial. Nessa perspectiva, o “Direito” se torna um bem quase irrelevante. Para alguns, inclusive, um mero “disfarce” da atuação política dos Juízes.⁸⁶³ A atribuição de tão pouco valor ao bem “Direito”, ou ao menos o reconhecimento de que não é apenas o direito que precisa ser considerado pelos Juízes, exige que se busquem outros recursos para viabilizar o poder das Cortes. Os adeptos dessa linha são em geral enquadrados ora no modelo atitudinal, ora no modelo estratégico. Tanto uma quanto a outra perspectiva tem em comum a percepção de que são outros instrumentos que viabilizam o exercício do poder judicial, não o “Direito”. Esse outro recurso ou bem, distinto do Direito, que permite ao Judiciário exercer seu poder é justamente o capital institucional.⁸⁶⁴

Para esse grupo que concede ao capital institucional o papel de instrumento principal do exercício do poder judicial, o “Direito” deixa de ser um bem autônomo e se converte em mero aspecto da popularidade, da legitimidade ou do prestígio das cortes, ou seja, passa a integrar o capital institucional. Justamente por isso Friedman defende que mais importante que a aplicação fiel do “Direito” é a percepção que a opinião pública tem sobre essa aplicação. Para ele, mais importante que a atuação em si, é a percepção das pessoas sobre essa atuação, ou seja, *“whether the populace understood constitutional decisions to rest in some fixed and discernible understanding of “law” or whether those decisions were seen as more mutable and politically motivated”*.⁸⁶⁵

Por isso Gibson refere-se a esse bem, citando Scheb e Lyons, como o “mito da legalidade”.⁸⁶⁶ Esses autores entendem que o “Direito” é mais um componente do capital institucional, na medida em que o mito da atuação aderente à legalidade (ou juridicidade) aumenta a popularidade, o prestígio e a legitimidade das cortes.

Em sua análise da história americana, Friedman observou que a impopularidade contínua de decisões da Corte e a descrença na fidelidade da aplicação do Direito são

⁸⁶³ GIBSON, James L. *Judicial Institutions*. Op. cit., p. 527.

⁸⁶⁴ Remetemos o leitor à primeira parte deste trabalho, na qual tratamos com mais detalhes dos modelos legal, atitudinal e estratégico.

⁸⁶⁵ FRIEDMAN, Barry. *The History of the Countermajoritarian Difficulty*. Part One: The Road to Judicial Supremacy. p. 42.

⁸⁶⁶ Long ago, Casey (1974) demonstrated that the more one knows about law and courts, the less realistic are perceptions of judicial decision (i.e. the more one is likely to believe in the theory of mechanical jurisprudence). Something about being exposed to information about courts contributes to people embracing this traditional mythology of judicial decision-making (see also Scheb and Lyons 2000, who refer to this as the “myth of legality”). GIBSON, James L. *Judicial Institutions*. in RHODES, R. A. W., BINDER, Sarah A., ROCKMAN, Bert A. *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Oxford University Press: New York, 2008. pp. 526.

fatores sempre presentes em períodos de críticas acentuadas à Corte.⁸⁶⁷ Para ele, as críticas à legitimidade da Suprema Corte americana, feitas em geral a partir do paradigma contramajoritário, só surgem se esses dois bens estiverem em baixa, o capital institucional (para Friedman equivalente à popularidade) e o “Direito”.⁸⁶⁸ Se o “*legal model*” cede espaço para perspectivas atitudinais ou para teorias como a realista, que reduzem a importância desse bem “Direito” às simples preferências políticas dos Juízes, a consequência é a diminuição do capital institucional do Judiciário, na medida em que alguns bens que o compõem, como prestígio, legitimidade e reputação, tenderão a se reduzir em igual medida.

Dois momentos da história americana ilustram essa relação direta. O período imediatamente anterior à guerra de secessão, em que a Suprema Corte americana decidiu *Dred Scott v. Sanford*, e a era do *New Deal*. No primeiro momento, Friedman defende que as críticas à Suprema Corte foram atenuadas pela percepção geral de que ela estava atuando em aderência estrita ao direito. O formalismo predominante levou muitos críticos da decisão a analisá-la em termos puramente jurídicos, e esse “cumprimento da lei” por parte dos *Justices* teria contribuído para de certa forma isentá-los de culpa no inconsciente coletivo.⁸⁶⁹ O “Direito” estava tão em alta que nem mesmo Lincoln tentou negar efeitos à decisão ou deslegitimar a Corte. Sua crítica ficou circunscrita a um argumento jurídico: a

⁸⁶⁷ FRIEDMAN, Barry *The History of the Countermajoritarian difficulty*. Op. cit., p. 22. “Part one of this Article describes at greater length the “framework” out of which the countermajoritarian difficulty is constructed, i. e., the four factors that explain from a historical perspective when countermajoritarian criticism of the courts is likely to emerge. Those four factors are (a) the extent to which judicial decisions are unpopular with a group substantial enough to be able to claim to speak for “the people”; (b) whether such decisions are rendered at a time when public sentiment favors a relatively popular or direct form of democracy; (c) whether at the time such decisions are rendered there is relative faith in the determinacy of judicial interpretations of the Constitution; and (d) whether such decisions are rendered during a period of judicial supremacy.”

⁸⁶⁸ *Ibid.*, pp. 212/214.

⁸⁶⁹ FRIEDMAN, Barry *The History of the Countermajoritarian difficulty*. Op. cit., p. 212. “Another possibility for the lack of countermajoritarian criticism was the relative attachment to legal formalism at the time of *Dred Scott*. In his study of conceptions of constitutional law in the antebellum period, G. Edward White concluded that “it did not contain a radically indeterminate theory of constitutional interpretation, such as the theory that the meaning of the Constitution was simply what a given set of judges said it was.” Similarly, Morton Horwitz described the “rise of legal formalism,” which came to a head around 1850, as a way to freeze legal doctrine in a way favorable to “mercantile and entrepreneurial interests.” Certainly the legal materials from the time bear out the formalism of legal analysis. This is the first period to see law journals similar in sort to those published today. Although the review writers criticized *Dred Scott* in various ways, the attacks primarily were launched in formal legal terms. Warren described the “interminable discussion” of commentators who sought to dismiss the core of the *Dred Scott* holding as dicta. The reviews themselves wore out every possible point of law, one entire article being devoted entirely to demonstrating that Justice Daniel’s reliance on Roman law regarding manumission was incorrect... In light of the formalism of the times, scant countermajoritarian criticism was to be expected.”

decisão vinculava apenas as partes e não o Presidente.⁸⁷⁰ Outros argumentos jurídicos foram elaborados para diminuir a incidência da decisão, evitando sempre contrariá-la frontalmente.⁸⁷¹ também em decorrência da relevância que o “Direito” tinha na sociedade naquele momento. Em resumo, podemos dizer que o estoque desse recurso “Direito” impediu a redução irreversível do capital institucional do Judiciário e certamente contribuiu para a sua gradual recuperação.

O mesmo não pode ser dito sobre o período do New Deal, em que o instrumento “Direito” foi reduzido pelo realismo jurídico norte americano ao seu menor patamar na história daquele país. Segundo Friedman, o período conhecido como a “Era Lochner” foi marcado por um enorme ceticismo em relação à atuação do Judiciário.⁸⁷² A percepção popular era de que o Judiciário estava substituindo o governo da lei pelo governo dos Juízes.⁸⁷³ Seguidas decisões por maiorias apertadas e a inversão da jurisprudência em face da pressão sobre a Corte (“*switch in time*”) só deixavam ainda mais clara a influência da política no direito, diminuindo esse ativo do capital político do Judiciário.

Gibson também apresenta algumas conclusões que se coadunam com a percepção de Friedman de que o “Direito” é parte integrante do capital institucional. Segundo ele, pesquisas já demonstraram que quanto mais se conhece sobre o direito e o Judiciário, mais se costuma acreditar na sua influência no exercício do poder Judicial. Quanto mais conhecimento sobre a Suprema Corte se tem, maior é a probabilidade de se conceder apoio difuso a ela,⁸⁷⁴ ou seja, segundo ele, estudos “*have shown in several contexts that*

⁸⁷⁰ Ibid. p. 220. “Lincoln, as did others, accepted the binding nature of the decision as to the parties before the Court, but denied that the Court could bind people in future cases.”

⁸⁷¹ À luz do formalismo da época, os Republicanos tentaram negar aplicação à Dred Scott com mecanismos jurídicos, evitando desafiar a decisão diretamente, em termos de supremacia judicial. O mais comum era o argumento do *obter dicta*, que defendia que a decisão sobre a cidadania era o dispositivo, mas a decisão no que concernia ao poder do Congresso era *obter dicta*. Ibid., p. 232.

⁸⁷² “there was widespread skepticism at the time about the pedigree of the ostensible “rights” held out to trump the work of popular assemblies”. FRIEDMAN, Barry. *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction’s Political Court. Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. Paper n. 49. 2002. p. 5.

⁸⁷³ “People will say, as they did throughout the Lochner era, that “the judiciary [is]... ‘destroying government by law and substituting therefore a government of judges.’” FRIEDMAN, Barry. *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction’s Political Court. Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. Paper n. 49. 2002.. p. 7.

⁸⁷⁴ “2. More recently, Hibbing and Theiss-Morse (1995) have shown that greater awareness of the Supreme Court leads to more support for it, whereas greater awareness of Congress is associated with less support for that institution. Kritzer and Voelker (1998) make a similar argument. Again, something about being exposed to the institution increases support for it, and there is apparently something unique about exposure to judicial institutions. 3. Caldeira and Gibson (1995) have shown in several contexts that greater awareness of judicial institutions is related to a greater willingness to extend legitimacy to courts. Gibson, Caldeira, and Baird (1998) have confirmed this finding in research in roughly twenty countries.” GIBSON, James L. *Judicial Institutions*. Op. cit., p. 526.

greater awareness of judicial institutions is related to a greater willingness to extend legitimacy to courts.”⁸⁷⁵

Em suma, o bem “Direito” pode ser entendido como parte integrante do capital institucional, ou como um recurso integrante do capital político das cortes não contido no capital institucional, de acordo com a percepção sobre a sua relevância no exercício desse poder. Nossa opção é intermediária. A partir do marco teórico exposto no início deste trabalho, concordamos com Friedman, Gibson e os demais cientistas políticos que tratam o “Direito” como parte do capital institucional, permanecendo este como o único componente do capital político do Poder Judiciário. Contudo, discordamos da percepção de Gibson de que o “Direito” é um mero mito. Sua relevância no processo decisório do Judiciário não pode ser desconsiderada, e é fundamental para os juízes perceberem que se trata de um recurso que não pode ser negligenciado pelo Judiciário.⁸⁷⁶

Quanto maior for a percepção de que o direito é definido ou encontrado de forma não política, ou seja, que o direito de fato se aproxima de ciência, com um método determinado, mais valioso será esse bem. A separação da política e a crença de que os operadores do Direito possuem um conhecimento específico que não se reduz à política é o que legitima o “Direito” como um dos instrumentos de exercício do poder do Judiciário.

Por isso, entendemos que as decisões de cortes constitucionais devem ser avaliadas a partir de dois parâmetros: o gasto do capital institucional e a aderência ao direito. Não nos parece possível privilegiar um deles em detrimento do outro. Ambos precisam ser considerados conjuntamente porque a aderência ao Direito em última análise influencia o capital institucional. Argumentos puramente políticos e decisões calcadas em questões fáticas que não privilegiam os fundamentos jurídicos acabam diminuindo o capital institucional das cortes. A relação entre esses bens é fundamental.

Além disso, decisões judiciais fundamentadas em argumentos jurídicos tendem a ser mais persuasivas do que aquelas calcadas na necessidade política, o que nos remete ao melhor mecanismo para a utilização do poder.⁸⁷⁷

⁸⁷⁵ Idem.

⁸⁷⁶ Definir se o direito integra ou não o capital institucional do judiciário é, em última análise, definir se o direito e a política são coisas distintas; ou definir qual dentre os modelos atitudinal, estratégico ou legal é mais próximo da realidade. Como foi dito no primeiro capítulo, o marco teórico deste trabalho propõe um meio termo, que reconduz o direito à política, sem deixar de enfatizar a sua importância.

⁸⁷⁷ No item 1 deste capítulo mencionamos a persuasão como um método de realização do poder mais eficiente do que o uso da força.

Por se tratar de um bem que integra o capital institucional das Cortes, precisamos avaliar também que comportamentos tendem a ampliar o bem “Direito” e, por consequência, a ampliar o capital institucional.

Há um padrão comportamental em cortes com estoque elevado de capital institucional que envolve um *modus operandi* voltado para torná-la o máximo possível aderente ao direito. Em geral são cortes cujo procedimento decisório, a argumentação e as regras de *accountability* são voltados para demonstrar a fidelidade ao Direito e sugerir um afastamento de questões políticas.

No estudo sobre o empoderamento do judiciário em Israel e em outras democracias, Ran Hirschl concluiu que um dos fatores fundamentais para o sucesso do Judiciário como ator constitucional é a “*existence of widespread public trust in the political impartiality of the judiciary. The appearance of political dependence would collapse the distinction between law and politics on which the fundamental legitimacy of separation of powers system depends.*”⁸⁷⁸ Segundo o mesmo autor, as pesquisas indicavam que essa imparcialidade e fidelidade ao “*rule of law*” da Corte Suprema em oposição à atuação motivada por interesses do parlamento seriam a razão pela qual a opinião pública até 1992 tinha a Suprema Corte como uma das instituições mais respeitadas de Israel.⁸⁷⁹ Trata-se de evidente forma de expansão do capital institucional do Judiciário, na medida em que valoriza o “Direito”. A confiança na imparcialidade e fidelidade ao direito são dois elementos fundamentais para o empoderamento do Judiciário, e foram encontrados em todos os exemplos estudados pelo autor: Canadá,⁸⁸⁰ Nova Zelândia e África do Sul.

Essa preocupação em se afastar de questões explicitamente políticas já foi enfatizada muitas vezes por membros da Suprema Corte americana para evitar certas

⁸⁷⁸ HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. Op. cit., p. 120.

⁸⁷⁹ “in the years prior to the 1992 “consti-tutional revolution” the Israeli Supreme Court enjoyed a high level of legitimacy in Israeli public opinion when compared to other important public bodies (e.g., the Knesset, the government, or political parties) (Barzilai, Yuchtman-Yaar, and Segal 1994a, 1994b). Israel’s court system was ranked number one, ahead of the U.S., British, and German systems, according to a study conducted by the International Social Science Program in 1991 that investigated the level of citizens’ trust in the rule of law and the court systems in their countries. Almost 70% of Israelis expressed high levels of trust in their legal system.⁵⁶ In another comprehensive public opinion survey conducted in 1994, 85% of Israelis expressed high levels of trust in the Israeli Supreme Court (second only to the Israeli Defense Force), whereas merely 4 1% and 21% of Israelis expressed high levels of trust in the Knesset and in Israel’s political parties respectively (Peres and Yuchtman-Yaar 1998, 59). This widespread public trust in the courts’ impartiality (as contrasted with political actors’ particularistic interests) encouraged political actors to defer political controversies to the legal arena”. . HIRSCHL, Ran. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. Op. cit., pp. 120-121.

⁸⁸⁰ As in Israel, the voluntary delegation of authority to the Canadian Supreme Court has depended, among other things, on the court’s reputation for expertise, rectitude, and political impartiality. Idem. p. 129.

decisões. Felix Frankfurter, um líder dentro dessa corte, consciente de que a redistribuição dos distritos eleitorais iria favorecer os democratas (ver capítulo II), achava que eles deveriam evitar interferir em uma questão com resultados políticos tão óbvios. Na sua concepção, isso seria ruim, a longo prazo, para o capital institucional do tribunal.⁸⁸¹

A aderência ao direito está em diversos aspectos, desde decisões tecnicamente fundamentadas até a forma como os membros da corte se vestem, os símbolos do judiciário, etc. Todo esse aparato é voltado a um mesmo objetivo: *“to reinforce the impression that judges transcend the everyday thicket of politics.”*⁸⁸²

Sempre que as decisões da Suprema Corte forem técnicas, respeitarem precedentes e se afastarem de argumentações políticas, o Judiciário estará reafirmando seu compromisso com uma função essencialmente distinta daquela exercida pelos demais poderes. Com isso, ele confirma sua vocação para ser uma instituição especializada e contribui para o desenvolvimento do “Direito” apartado da política. Fabiana Luci de Oliveira e Howell destacam exatamente esse ponto. Sem a força nem o dinheiro, a legitimidade do judiciário (Oliveira), e a sua reputação, nas palavras de Howell, dependem principalmente da capacidade desse poder de demonstrar que a sua atividade é distinta da política, ou seja, o seu capital institucional depende da aderência ao direito, como já ressaltamos^{883_884}:

Without any formal and independent means of enforcement, the weight of judicial opinion derives from the institution’s public standing. The pomp and circumstance of court proceedings, the formal titles bestowed upon judges and justices, the continual homage paid to canons of law (precedent, rules of

⁸⁸¹ “A bitter dissenter in the case, Frankfurter thought the decision was “bound to stimulate litigation by doctrinaire ‘liberals’ and the politically ambitious” that could only damage the Court in the long run (Schwartz 1983, 413). His ally John Marshall Harlan agreed and appealed to the swing justices not to open the door to such cases in which partisan politics and interest were so much on the surface. “Today,” he noted, “state reapportionment is being espoused by a Democratic administration; the next time it may be supported (or opposed) by a Republican administration. Can it be that it will be only the cynics who may say that the outcome of a particular case was influenced by the political backgrounds or ideologies of the then members of the Court . . . ?” (Schwartz, 414).” WHITTINGTON, K. “Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court.” *American Political Science Review*. V. 99. No. 4. Novembro 2005. p. 588.

⁸⁸² HOWELL, William G. *Power without Persuasion* Op. cit., p. 138.

⁸⁸³ O trecho foi citado acima (ver rodapé 33), mas o ponto é crucial e merece ser revisitado. O Supremo situa-se na fronteira entre o campo da política e o campo profissional do Direito. Segundo definição de Bourdieu (1990), os campos são locus onde se travam lutas concorrenciais entre atores em torno de interesses específicos que caracterizam a área em questão. (...) A hipótese geral com que se trabalha aqui é a de que a identidade desses profissionais (Ministros do STF) se dá justamente em oposição ao campo da política, pois é ao se diferenciarem dos políticos convencionais que os ministros do Supremo pleiteiam para si a ampliação dos seus poderes políticos, reivindicando a posição de atores mais legítimos para decidir imparcialmente sobre o destino político, econômico e social do país. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *STF. Do autoritarismo à democracia*. Op. cit. 78.

⁸⁸⁴ HOWELL, William G. *Power without Persuasion*, Op. cit., p. 138.

procedure, the notion of equality before the law), the “abiding sense of judicial integrity that comes with the robe” all mean to generate the same effect: to reinforce the impression that judges transcend the everyday thicket of politics, that they stand to defend the central principles upon which the Republic was founded, that they remain the most “detached, dispassionate, and trustworthy custodians that our system affords,” and for these reasons alone, their opinions must be heeded (...). It is no accident that judges, more than anyone else in government, fastidiously promote the dignity and honor of their institution. They do so because their reputation is all they have.

A aderência ao direito não entra em conflito com o parâmetro de avaliação das decisões do STF materializado no capital institucional. Há uma aparente ambiguidade em relação a isso. Se um tribunal constitucional incorpora expressamente em suas razões de decidir a limitação do seu poder e a necessidade de alocá-lo nas questões mais importantes, ele estará se afastando de uma razão de decidir jurídica e, nesse sentido, estará desgastando o seu capital institucional. Há formas de contornar essa dificuldade. O STF pode evitar incorporar expressamente esse elemento nas suas razões de decidir. Desde que tenha consciência que as suas decisões serão avaliadas sobre esse prisma, ele irá incorporar – mesmo que de forma não expressa – essa perspectiva ao seu raciocínio decisório. Mas ainda que essa etapa do raciocínio decisório seja incorporada expressamente à decisão, acreditamos que a perda de capital institucional que dela decorre continua sendo menor do que o ganho que gera – notadamente a percepção de que a Corte está preocupada em alocar as suas energias – escassas – da melhor forma possível.

Ainda no contexto da aderência ao direito, há que se ressaltar que o processo argumentativo e o uso da retórica são armas poderosas a serem utilizadas por uma Corte Constitucional. Esse instrumental pode ser utilizado para capitalizar a Corte. Defendo, a partir dos múltiplos exemplos estudados, que a Corte deve ser grandiloquente em suas razões de decidir, aproveitando o produto final da sua atividade – a decisão – para construir o sentimento de que cabe a ela o exercício do controle de constitucionalidade e a guarda da Constituição. Ainda que o resultado decisório seja tímido ou não tenha a mesma pretensão expansiva. Há uma conhecida frase cuja origem é disputada⁸⁸⁵ mas que se encaixa perfeitamente no nosso argumento: uma mentira repetida constantemente se torna a verdade. Esse nos parece inclusive ser o padrão utilizado por Cortes em novas democracias por todo o mundo, da *Supreme Court* dos EUA⁸⁸⁶ – em *Marbury v. Madison*

⁸⁸⁵ Alguns atribuem a Joseph Goebbels, Ministro da Propaganda do Terceiro Reich, outros a Lenin, ou ainda a Hitler. Menos importante do que saber a origem da frase, é captar a ideia.

⁸⁸⁶ *Marbury v. Madison* é o mais importante exemplo. Mas há muitos outros exemplos. O Chief Justice John Marshall intuía a importância de reafirmar nas razões de decidir as competências da Corte. Em *McCulloch v. Maryland*, ele asseverou que a questão a ser definida ali, pela sua natureza, só poderia ser definida pela

– à Suprema Corte Constitucional Egípcia, passando pelo STF. Discordamos, portanto, da proposta de Conrado Hubner, para quem as Cortes devem dialogar com os demais poderes de forma exatamente oposta a que ora defendemos, ou seja, de forma modesta e comedida na retórica, mas ativista quando detentoras de um bom argumento.⁸⁸⁷

Talvez o ponto mereça um esclarecimento maior. A grandiloquência que entendemos razoável fica circunscrita ao texto decisório. Não à imprensa, aos jornais ou a quaisquer outros meios de comunicação. Não se trata de “verborragia”, mas de explorar argumentativamente o potencial discursivo, sem ser contencioso ou agressivo aos demais poderes. O Judiciário deve apenas aproveitar o seu instrumento por excelência de manifestação para cultivar precedentes em que afirme e reafirme suas competências constitucionais de forma indiscutível. O potencial desse corpo de precedentes – ainda que feito como dicta – não pode ser subestimado. Além de inculcar no inconsciente coletivo a posição do judiciário, serve para sinalizar para os agentes constitucionais que a Corte Constitucional será um canal por meio do qual seus direitos – se violados – poderão ser efetivados.⁸⁸⁸ Os exemplos históricos mostram que esse sentimento, ainda que puramente retórico, se cultivado sem desafio aos demais atores, contribui para a acumulação de capital institucional da Corte.

Outros comportamentos estratégicos ajudam a construir a aderência ao direito e, com isso, aumentam ou diminuem o capital institucional. Destaque-se, contudo, que não é possível catalogá-los todos, nem quantitativamente (pela infinidade de fatores que

Corte, como nos explica Whittington. “In his *McCulloch* decision in 1819, the Chief Justice observed that the controversy over Maryland’s effort to use its taxing power to discourage the operation of the Bank of the United States within its borders pitted “a sovereign state” against the “legislature of the Union” and involved the “most interesting and vital parts” of the Constitution affecting the “great operations of the government.” The issue, Marshall intoned, must be decided and must be “decided peacefully.” If that peaceful settlement were to occur, “by this tribunal alone can the decision be made. On the Supreme Court of the United States has the Constitution of our country devolved this important duty” (*McCulloch v. Maryland* 1819, 400, 401).” WHITTINGTON, K. “Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court.” *Op. cit.*, p. 586.

⁸⁸⁷ MENDES, C. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. *Op. cit.*, p. 226. Nesse sentido, defendo ser preferível um tribunal comedido e modesto na retórica, que se enxerga como participante de um processo inter-institucional de construção do significado da constituição e que não se intimida a ser ativista quando detentor de um bom argumento, a um tribunal verborrágico, mas pouco corajoso no desafio ao legislador. À medida que amansa a retórica e investe seriamente no seu desempenho deliberativo, o STF pode construir melhores condições políticas para intervir com maior intensidade.

⁸⁸⁸ Temos em mente, no caso, a SCC Egípcia, que no seu processo de expansão de poder não perdia uma oportunidade de reafirmar seus compromissos com a Constituição, sua competência e seu vigor em proteger direitos. Ainda que muitas vezes isso tenha sido apenas retórico, não deixou de despertar em grupos de oposição ao governo a sensação de que “as portas da Corte estavam abertas”. MOUSTAFA, Tamir. *The struggle for constitutional power: law, politics, and economic development in Egypt*.

influenciam esse capital)⁸⁸⁹ nem qualitativamente (mesmo os fatores conhecidos influenciam esse capital de forma diferente de acordo com o momento ou o caso específico).⁸⁹⁰

Alguns comportamentos estratégicos do Judiciário podem ampliar o seu capital institucional em um dado momento, porém reduzi-lo em outro. Um exemplo é o procedimento decisório interno às cortes, que pode ser dividido entre os modelos agregativo, deliberativo ou ainda acomodativo, como o chamou Friedman.⁸⁹¹ Não é possível estabelecer *a priori* qual desses modelos expande mais o prestígio ou a legitimidade do Judiciário, ou seja, qual dentre esses aumenta o seu capital institucional.

Muitos defendem que em princípio o modelo deliberativo (ou acomodativo, em sua versão empírica) seria o mais propenso a expandir esse capital. Friedman relata que o *Chief Justice Marshall*, um dos membros que mais contribuiu para a expansão do capital institucional da Suprema Corte americana, aboliu a prática de votos individuais e substituiu por um modelo em que os juízes debatiam as questões até encontrarem um consenso, proferindo uma decisão unânime da Corte. Essa prática de buscar um voto da Corte que demonstrasse unidade pela unanimidade levava alguns *Justices* a suprimirem seus votos discordantes.⁸⁹² Naquele momento inicial em que o capital institucional da

⁸⁸⁹ Um exemplo ajuda a ilustrar a infinidade de comportamentos estratégicos capazes de influenciar o capital institucional das Cortes, o Chief Justice Earl Warren expôs em suas memórias que a decisão em *Brown* foi conscientemente redigida de forma curta, para que pudesse ser publicada integralmente nos jornais de grande circulação sem tomar muito espaço, o que permitiu ao público ler a decisão inteira, e não apenas excertos escolhidos pelos jornais. Quem enfatiza esse exemplo é PERETTI, T. *In Defense of a Political Court*. Op. cit., pos. 1882-1890. “With regard to (...) such strategic choices, Warren wrote in his memoirs that, “It was not a long opinion, for I had written it so it could be published in the daily press throughout the nation without taking too much space. This enabled the public to have our entire reasoning instead of a few excerpts from a lengthier document.”

⁸⁹⁰ O capital institucional é composto de elementos externos que não estão ao alcance do Judiciário. Assim como uma crise no preço do petróleo ajudou a derrubar um regime autoritário no Brasil, a composição total do capital político de uma instituição depende de infinitos fatores sociais, políticos e econômicos indomináveis por qualquer estudo.

⁸⁹¹ O modelo acomodativo seria uma espécie de modelo deliberativo aplicado à realidade. Na acomodação, o objetivo é buscar uma decisão unânime ou o mais próximo possível disso, sem que necessariamente os membros da Corte sejam convencidos argumentativamente dessa decisão, como propõe o modelo deliberativo. “The idea of “accommodation” might present a better descriptive model for the Supreme Court’s collegial interaction. In the world of legal practice it is quite common to circulate drafts of documents and receive recommended language changes in return. Depending upon whom the players are, the comments may be intended as mere “suggestions” or commands, but the overall point truly is to “improve” the meaning of the text by eliminating uncertainty, dodging thorny problems, and offering greater clarity. No doubt there are agendas aplenty in any such group-drafting effort, but the project is a collegial one, the suggestions are often just that, and improvement – defined in various ways, some tactical and some more objective – is the goal.” FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. Op. cit., p. 287.

⁸⁹² “for much of the period between the late nineteenth and early twentieth centuries (...) a norm of “consensus” operated in which Justices frequently suppressed not only their views on the appropriate legal rule but their dissenting votes as to outcome as well in order for the Court to display greater unanimity.” *Ibid.*, p. 288.

Suprema Corte americana era muito baixo,⁸⁹³ isso fazia todo o sentido. Afinal, “*Unanimity establishes a very durable judicial precedent, and it may elicit greater respect from nonjudicial actors....*”⁸⁹⁴ Ou seja, a aversão institucional pelo dissenso era calcada no fato de que o consenso decorrente de um voto único preservava a influência e o prestígio da Corte.⁸⁹⁵ Em questões mais sensíveis, com potencial de perda expressiva de capital institucional, muitas vezes há essa pressão para se aproximar da unanimidade.⁸⁹⁶

Peretti igualmente ressalta que a Corte de Warren, consciente de que a reversão de decisões que mantinham o *status quo* de segregação iria gerar grandes conseqüências políticas e uma forte oposição (ou seja, um grande gasto de capital institucional), comportou-se de forma a torná-la o menos custosa possível. Segundo a autora, a Suprema Corte americana fez tudo o que podia para alcançar unanimidade em *Brown* com o propósito de garantir que sua decisão lhe custasse o mínimo possível do seu capital institucional.⁸⁹⁷

Se a unanimidade costuma ser uma boa estratégia para acumular capital institucional, essa afirmação não pode ser generalizada. A doutrina chama atenção para duas situações em que a presença de votos dissidentes contribui para o apoio difuso das cortes. Primeiro, votos dissidentes fazem os perdedores se sentirem representados.⁸⁹⁸ Segundo, muitas vezes o modelo agregativo, justamente por tornar mais difícil extrair dos votos a decisão da Corte, ajuda a mascarar a sua inefetividade ou diluir as críticas, que deixam de ser feitas à Corte e são voltadas aos ministros cujos votos são interpretados como ruins. Ou seja, na medida em que o modelo agregativo contribue para a vagueza de

⁸⁹³ No primeiro capítulo, tratamos dos primeiros anos da Suprema Corte dos EUA e dos seus choques com o presidente Thomas Jefferson. Nesse período, alguns políticos cogitaram inclusive extinguir a Corte ou submeter as suas decisões ao senado. Esse cenário é claramente um cenário em que a instituição está em “low-equilibrium”, ou seja, com capital institucional baixo.

⁸⁹⁴ Evan H. Caminker, *Sincere and Strategic Voting Norms on Multimember Courts*, 97 *Mich L. Rev.* 2297, (1999) p. 2321 apud in FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. Op. cit., p. 281, rodapé 117.

⁸⁹⁵ “Justices of the Taft Court felt presumptively obligated to join Court opinions, even if they disagreed with their content, so as to preserve the influence and prestige of the Court.” Robert Post, *The Supreme Court Opinion as Institutional Practice: Dissent, Legal Scholarship, and Decisionmaking in the Taft Court*, 85 *Minn. L. Rev.*, 2001, p. 1274. apud in. FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. Op. cit., p. 289.

⁸⁹⁶ “Justices remain free to express their own views – in concurrences as well as dissents – but there is substantial pressure to obtain an opinion that speaks for “the Court.” Sometimes Justices feel the need to move beyond a mere majority and approach or obtain unanimity.” *Ibid.*, p. 281.

⁸⁹⁷ PERETTI, T. *In Defense of a Political Court*. Op. cit., pos. 1874. “Certainly the Court was then considering overturning *Plessy* as one such option. The political consequences of doing so were of paramount concern, particularly if such a decision was rendered by a divided Court. The desire for unanimity did not come out as a desire for the clear and uniform exposition of the law. Rather, the concern was with a political strategy to give the opposition as few weapons as possible, thus increasing the chances for ultimate victory on the issue of desegregation and educational opportunity for African Americans.”

⁸⁹⁸ ALEXY, Robert. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação*. In. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

uma decisão, ele também pode, em certas situações, representar uma saída menos custosa para o Judiciário em termos do seu capital institucional, como enfatizam Georg Vanberg e Jeffrey Staton.⁸⁹⁹ Esse exemplo evidencia a dificuldade de se determinar *a priori* a influência que determinados comportamentos terão no capital institucional.

Outra ação estratégica que pode ser utilizada para capitalizar o tribunal é o controle da pauta. A escolha das questões que serão julgadas é fundamental na experiência americana e exerce uma grande influência também no Brasil. Segundo Friedman, esse é outro tema que os juristas dão pouca atenção, mas cuja influência sobre os rumos da jurisprudência e do direito é enorme.⁹⁰⁰ Escolher se e quando decidir permite a um tribunal evitar decisões precipitadas ou não amadurecidas⁹⁰¹ e é um poderoso instrumento para controlar melhor o seu estoque de capital institucional.

Claro que não se trata de um controle absoluto. Friedman nota que o executivo costuma interferir nessa ordem, quando há questões que lhe são sensíveis.⁹⁰² Além disso, como ficou evidente no caso da AP 470, muitas vezes a opinião pública exerce uma pressão insuperável. De qualquer forma, o controle da pauta é mais um aspecto procedimental que pode ser utilizado pela corte na expansão ou retração do seu capital.

⁸⁹⁹ VANBERG, Georg. e STATON, Jeffrey K. "The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions." *American Journal of Political Science*, V. 52, n. 3, Julho 2008, pp. 504-519. "An established line of research demonstrates that vague judicial opinions are less likely to be implemented than clear opinions. Vague opinions thus present a puzzle. Why would judges craft opinions that risk noncompliance? We argue that the relationships between judges and other policy makers in separation-of-powers systems are central to understanding this puzzle. Opinion vagueness can reflect efforts to resolve core tradeoffs associated with judicial policymaking that bear some resemblance to standard accounts of political delegation. Vagueness offers judges the ability to manage their uncertainty over policy outcomes and to hide likely defiance from public view. At the same time, vagueness removes a central source of pressure for compliance that judges can place on other policy makers. Using a game-theoretic model, we identify conditions under which judges use vagueness precisely as legislatures use statutory discretion. We also demonstrate conditions under which judges use vagueness in ways unanticipated by standard delegation accounts."

⁹⁰⁰ "It apparently is the case that the Justices know what they are looking for and simply search for the right vehicle in which to pronounce their judgment. It also seems to be the case that agenda setting is at least partly ideological, and that the ideological majority on the Court will grant review of the matters they wish to pursue. This agenda setting accounts for the direction of constitutional law, just as the opinions themselves account for its substance. (...) One would think legal scholars, quick to say how judges should decide cases, would have more to say about which cases they should decide in the first place. "Those of us who profess some special interest in understanding 'the processes of constitutional decisionmaking' should, presumably, be as interested in the processes by which the Justices decide not to engage in articulated decisionmaking as those by which they do." Some scholars have complained that the Court is not doing enough, at least when it comes to developing coherent national law. But for the most part, normative scholars dwell on the cases the Court does hear and entirely neglect how the agenda itself is set." FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. Op. cit., p. 294/5.

⁹⁰¹ No capítulo II enfatizamos que a possibilidade de controlar o momento da sua decisão permite ao judiciário decidir sempre com mais informação do que tinha o legislador, o que é um poderoso argumento em prol da sua atuação.

⁹⁰² "The Court may take many cases just to resolve uncertainty in the law, or simply because the Executive Branch is anxious to have a case heard." FRIEDMAN, Barry. *The Politics of Judicial Review*. Op. cit., p. 293.

Outro exemplo de ação que vem chamando atenção da doutrina brasileira diz respeito ao televisionamento das sessões do Supremo Tribunal Federal. É possível analisar se a TV Justiça aumenta ou diminui a popularidade, legitimidade e prestígio da corte, ou seja, em que medida ela expande ou retrai o capital institucional do STF. Como dissemos antes, virtualmente todas as ações de uma Suprema Corte podem ser avaliadas sobre o prisma do aumento ou diminuição do seu capital institucional.

Diana Kapiszewski, em estudo sobre a atuação das Cortes Constitucionais brasileira (STF) e Argentina (CSJN), elaborou um conceito chamado de “*court character thesis*”, cuja premissa é a de que “*certain characteristics of courts themselves affect interbranch interactions*”.⁹⁰³ Essas “características” assim chamadas por Kapiszewski nada mais são do que as ações que estamos apresentando e, na medida em que influenciam diretamente o estoque de capital institucional do judiciário, certamente afetam a interação entre este poder e as demais instituições. Segundo a autora, essas características ajudam a explicar porque, por exemplo, o STF e a Corte Suprema Argentina tiveram resultados tão diferentes em suas decisões econômicas mesmo em cenários muito similares em termos políticos e institucionais.⁹⁰⁴ Ainda segundo Kapiszewski, um perfil profissional dos membros do STF, em oposição a uma postura mais política dos membros da Corte Argentina,⁹⁰⁵ além de procedimentos informais internos consolidados no caso brasileiro – como o respeito ao revezamento da presidência da Corte, etc.)⁹⁰⁶ foram cruciais para dar a estabilidade necessária ao Supremo, e, no caso argentino, para contribuir para a derrocada da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* (CSJN) Argentina.⁹⁰⁷ Todos esses mecanismos são parte da construção de uma postura de respeito ao direito e sem dúvida exercem um papel no capital institucional das cortes.

⁹⁰³ KAPISZEWSKI, Diana. Economic Governance on Trial: High Courts and Elected Leaders in Argentina and Brazil, *Latin American Politics and Society*. 55:4. 2013, p. 47. “this article argues that high court “character,” a relatively stable congeries of informal institutional features, channels interbranch struggles into persistent patterns.”

⁹⁰⁴ KAPISZEWSKI, Diana. Economic Governance on Trial: High Courts and Elected Leaders in Argentina and Brazil, *Op. Cit.*, p. 47. “Two case studies illustrate the argument. In Argentina, the high court’s political character encouraged a pattern of court submission to elected leaders marked by periodic bouts of interbranch confrontation over economic governance. In Brazil, the high court’s statesmanlike character induced interbranch accommodation. This study demonstrates that even in politically unstable settings, institutional features can shape law and politics.”

⁹⁰⁵ *Ibid.*, p. 56. Segundo a autora, entrevistando os membros da Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre o papel que eles entendiam caber à corte, alguns componentes responderam “apoiar a administração”. Além disso, o cenário era o seguinte: “The continual membership changes on the CSJN and the weaker professional profile of many justices prevented the high court from developing institutional cohesion.”

⁹⁰⁶ *Ibid.*, p. 63.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 50.

Enfim, a aderência ao direito é um elemento fundamental para o capital institucional do judiciário, pois influencia todos os recursos que o integram: o “Direito”, o prestígio, a legitimidade, a popularidade, etc. Junto com uma postura cooperativa com relação aos demais atores constitucionais, elas são a receita de sucesso para a manutenção e a expansão do capital institucional do Judiciário. O padrão se repete em todos os tribunais constitucionais que avaliamos, tanto no tempo quanto no espaço. Uma corte constitucional que coopere com os demais agentes políticos e ao mesmo tempo demonstre fidelidade ao direito, a partir de argumentos lógicos e baseados em leis e precedentes tenderá a ter o seu capital institucional sempre elevado. Por outro lado, um tribunal constitucional que se aventure como um órgão explicitamente político e tenha pouca consciência da quantidade de inimigos que pode fazer irá certamente esgotar o seu capital institucional e sucumbir.

3.5 Alguns exemplos da dinâmica do capital institucional

3.5.1 O capital institucional da Corte Constitucional Colombiana.

A dinâmica do capital institucional da Colômbia merece ser estudada por alguns motivos. Primeiro, porque o país além de ser nosso vizinho sul-americano, possui um contexto histórico, social, político e institucional muito próximo ao brasileiro. Mais importante do que isso, a Corte Constitucional Colombiana é considerada por muitos uma das mais ativistas e progressistas do mundo, quiçá a mais ativista.⁹⁰⁸ Ela é, portanto, um excelente ponto de partida para nossa análise da dinâmica do capital institucional.

Na esteira da nova Constituição colombiana de 1991, a Corte Constitucional foi criada com um desenho institucional que lhe concedeu amplas competências e jurisdição para arbitrar conflitos entre os poderes e, principalmente, tutelar um expressivo rol de direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais.

Segundo Yepes, a corte tem mostrado ser bastante poderosa e vem participando amplamente da transformação sócio econômica do país, tutelando esses direitos e concretizando a Constituição, em especial protegendo minorias e grupos estigmatizados. Além disso, ela estaria atuando como verdadeira guardiã da Constituição, participando ativamente do combate à corrupção e da formulação de uma política mais republicana; e reduzindo os espaços de atuação do Poder Executivo, numa verdadeira contenção ao

⁹⁰⁸ GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.). *Courts and Power in Latin American and Africa*. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

histórico hiperpresidencialismo presente no país, acostumado a governar em estado de exceção.⁹⁰⁹

De fato, os exemplos mencionados por Yepes são convincentes. Descriminalização do uso de drogas para viciados (sentença C-221/94); eutanásia voluntária para doentes terminais (sentença C-239/97); derrubada da discriminação contra homossexuais em diversos níveis, tais como a proteção da sua intimidade em forças públicas de segurança (sentença T-097/94), a proibição de penalização da homossexualidade no exército (sentença C-507/99), a proibição de expulsar um aluno por ter “comportamento homossexual” (sentença T-100/98), ou de penalizar um professor pela mesma razão (C-481/98); tutela de minorias indígenas, reconhecendo maior amplitude para a administração da justiça de autoridades indígenas.⁹¹⁰ Na seara dos direitos sociais, depois de ressaltar a dificuldade de compilar exemplos em face da enorme quantidade de casos, Yepes destaca a invalidação de regulações sobre pensões que prejudicavam os trabalhadores (C-754/04), a ordem de indexação parcial do salário de servidores públicos (C-1433/00, C-1064/01 e C-1017/03). Por fim, ainda nesse contexto social, em meio a uma crise financeira que criou enorme instabilidade no mercado imobiliário, a Corte se posicionou a favor dos devedores, gerando protestos e reações dos bancos e empresários.⁹¹¹

No que concerne à relação com o Poder executivo, a Corte Constitucional aparentemente rompeu o paradigma dos governos em “estado de exceção”, que duraram trinta e cinco anos de um período de quarenta e dois (1949-1991) e permitiam aos presidentes governarem o país com poderes extraordinários, impedindo a Colômbia de consolidar uma democracia verdadeira.⁹¹² A Corte definiu que a declaração presidencial de emergência deixou de ser uma questão estritamente política, como era antes da criação da Corte, e passou a se submeter ao controle de constitucionalidade.⁹¹³

Diante dessa breve narrativa, a Corte constitucional colombiana parece se encaixar perfeitamente na narrativa normativa clássica dos juízes guardiões da Constituição, árbitros da separação de poderes, limitadores dos excessos das maiorias, e protetores de minorias estigmatizadas. Contudo, um olhar mais atento ao contexto e à interação

⁹⁰⁹YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of Politics in Colombia: Cases, Merits and Risks. *International Journal on Human Rights*. N.º 6, a. 4. 2007. p. 50.

⁹¹⁰Ibid., pp. 52-53.

⁹¹¹YEPES, Rodrigo Uprimny. Judicialization of Politics in Colombia: Cases, Merits and Risks. *International Journal on Human Rights*. N.º 6, a. 4. 2007. pp. 5556.

⁹¹² Ibid., p. 51.

⁹¹³ Idem.

institucional entre os poderes sugere uma narrativa alternativa, mais compatível com a dinâmica do capital institucional e da quota de decisões contramajoritárias.

A grande expansão do Poder Judiciário colombiano e do processo constitucional que resultou na Constituição de 1991 foi produto, especialmente, de escolhas políticas do Presidente Gaviria (1990-94), pautado pelo objetivo de inserir a Colômbia no mercado internacional e criar instituições condizentes para proporcionar a regulação do mercado de forma eficiente e racional. Entendia-se que o Estado de Direito, a previsibilidade das decisões judiciais e um sistema eficiente de proteção a direitos facilitaria a regulação do mercado, por proporcionar maior segurança jurídica.⁹¹⁴

O empoderamento da já existente Suprema Corte de Justiça não era interessante para o presidente nem para a maior parte da sua coalizão porque ela se insurgia com frequência contra os seus planos⁹¹⁵ e não se compatibilizava com o modelo de Estado liberal que este pretendia implementar.⁹¹⁶ Mesmo nesse cenário, Nunes ressalta que a

⁹¹⁴ NUNES, Rodrigo M. Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health. *Latin American Politics and Society*. V. 52, n.º 3, pp. 71-72. “In Colombia, the belief that market-based economies are the most effective in boosting prosperity encouraged a powerful and popular president to defend the creation of an accessible judicial system and to populate it with rights-defending judges. Promarket economists have disseminated the causal belief that the rule of law, judicial predictability, and efficient system of rights protection facilitate market-driven economic development, and a number of international organizations have promoted this argument during the most recent wave of market reforms (see Wilson et al. 2004). President Gaviria (1990-94) was an economist in the pursuit of a series of paradigmatic economic and institutional reforms designed to insert Colombia into the international market and to create the institutional conditions for more efficient and rational policymaking. Gaviria’s programmatic beliefs arguably determined his preferences for a particular set of judicial institutions and for a particular kind of judge. The Colombian Constituent Assembly, fragmented as it was, created the conditions for judicial empowerment, but we cannot explain the actual shape of judiciary that emerged from the proceedings without taking into consideration the preferences and motivations of the executive.”

⁹¹⁵ NUNES, Rodrigo M. Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health, p. 74. “From a purely interest-based perspective, this seemingly paradoxical institutional choice has to be conceptualized as a way to eliminate the authority of an institution, the Supreme Court, which, in the years preceding the Constituent Assembly, had imposed a number of barriers to nation, for between the late 1970s and 1991, what had historically been a deferential institution began to exert its authority in ways detrimental to the interests of Colombian governments. In 1978, for example, the Supreme Court declared its capacity to assess the constitutionality of constitutional amendments, and a few years later began vetoing decrees released during states of emergency. One of the most controversial declarations of unconstitutionality occurred in 1983, when the court declared an emergency fiscal reform unconstitutional. In doing so, the Supreme Court relied on the argument that it held the responsibility to uphold the formal procedures laid out in the constitution and to protect them from imbalances in the system of separation of powers (Cepeda 1985).”

⁹¹⁶ *Ibid.*, pp. 75-76. “César Gaviria was 43 years old when he ascended to the presidency. He had previously served as vice minister of development, congressman, and Barco’s minister of finance (1986-87) and minister of government (1987-90). In all these positions, Gaviria defended the liberalization of Colombia’s economy against the position of interest groups that defended the economic status quo rooted in protectionist practices. With a degree in economics from the University of Andes, Bogotá’s premier private university, he always criticized Latin America’s reliance on the development strategy of import substitution industrialization. According to Edwards and Steiner (2008, 203), Gaviria firmly believed that the private sector should take a more proactive role in the country’s development and that poverty alleviation would occur only after Colombia had joined the international market. To pursue these ends, he surrounded himself with a team of mostly young economists with degrees from United States and few, if any, ties to political

opção por criar ou não uma nova instituição ficou inteiramente nas mãos do Presidente, que optou por criar a Corte Constitucional a partir de uma avaliação puramente política de custos e benefícios.⁹¹⁷ Em última análise, a preocupação em inserir a Colômbia no mercado internacional e garantir investimentos internacionais, além da pouca confiança que a Suprema Corte inspirava, fizeram o presidente optar pela criação de uma nova instituição.⁹¹⁸

Mas não foram apenas a necessidade de atrair investimentos externos e as demandas da globalização e do alinhamento com o constitucionalismo mundial que explicam o empoderamento inicial da Corte Constitucional. Yeppe e Nunes descrevem a Assembleia Constituinte colombiana como extremamente plural, com grupos e forças políticas tradicionalmente excluídas das arenas políticas participando do processo. Minorias religiosas, indígenas e grupos de ex-guerrilheiros como o M19, cujo líder copresidiu a Assembleia com representantes do partido conservador e liberal. De fato, um terço dos assentos pertencia a partidos de esquerda. Em razão dessa composição pluralista, a Assembleia concluiu, ao longo dos trabalhos, que exclusão, falta de participação política e falta de uma cultura de direitos humanos eram as verdadeiras razões subjacentes à crise que assolava o país.⁹¹⁹⁻⁹²⁰ O resultado dessa composição plural, que, aliás, muito se

organizations and traditional economic interests (Edwards and Steiner 2008; 206-15; Cepeda Ulloa 1994, chapter 3).”.

⁹¹⁷ Ibid., p. 77.

⁹¹⁸ Ibid., p. 78. As Gaviria himself would later explain, the creation of the Constitutional Court was designed to develop the rule of law in accordance with the demands of globalization (see Gaviria’s prologue in De la Calle 2004, 48).

⁹¹⁹ YEPES, Rodrigo Uprimny. *Judicialization of Politics in Colombia: Cases, Merits and Risks*. *International Journal on Human Rights*. N.º 6, a. 4. 2007. p. 59. “Under these circumstances, playing a very importante role in the Constituent Assembly were political and social forces traditionally excluded from Colombian electoral politics, such as representatives from some disbanded guerrilla groups and indigenous and religious minorities. The composition of the Assembly, therefore, was pluralist by Colombian electoral standards. Considering this situation, many of the delegates appears to make the following diagnosis: exclusion, lack of participation and weakness of human rights protection were the basic underlying causes of the crisis in Colombia. This explains some of the ideological orientations of the Constitution of 1991: the expansion of participation mechanisms, the establishment of State responsibility for social justice and equality, and the incorporation of a rich bill of rights and new judicial mechanisms for their protection.”

⁹²⁰ NUNES, Rodrigo M. “Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health”. *Op. cit.*, pp. 78-79. “Gaviria’s accomplishment are a testament to his political skills, for his party held only a plurality of the assembly. In fact, leftist parties held a third of the seats in the Constitutional Convention. The largest of these was the former guerrilla group M-19, whose leader co-chaired the proceedings with the leaders of the Liberal and Conservative parties. Leftist parties generally supported the government’s broader constitutional proposals, but their presence in the assembly nonetheless influenced the debate concerning rights and their enforceability. (...)”

Ultimately, the assembly drafted a document in which all rights were granted the same legal status and defined Colombia as an *Estado Social de Derecho*. The composition of the Constituent Assembly led to a conception of the reach of rights and the state’s responsibility in providing for its citizens that overstepped the preferences of the executive. The primary consequence of these debates was the emergence o a constitutional text that, on the one hand, sought to create the institutional conditions necessary for the

assemelha ao contexto da Constituinte brasileira de 1988, não poderia ter sido diferente: uma Constituição compromissória, com uma extensa lista de direitos de primeira geração e direitos sociais.

Como dissemos, um dos temas que se tornou rapidamente um consenso entre os membros da constituinte dizia respeito à proteção e promoção dos direitos humanos. Para os conservadores, era uma forma de sinalizar à comunidade internacional o compromisso do país com o Estado de Direito. Para as minorias históricas ali representadas, significava uma vitória que, em última análise, seria usufruída por elas. Em função desse consenso, o Presidente Gaviria indicou, para a composição da primeira Corte Constitucional, três juristas com passado acadêmico e que não haviam sido parte de cortes superiores, Alejandro Martínez, Ciro Angarita e Eduardo Cifuentes. Ciro Angarita estudou em Yale no final da década de 1960 e foi pupilo de ninguém menos que Ronald Dworkin. Alejandro Martinez foi membro de um braço das Nações Unidas durante anos e, durante a constituinte, consultor do grupo de ex-guerrilheiros M-19 e sua indicação foi parte da retribuição do Presidente pelo apoio concedido pelo grupo à maioria de suas propostas durante a Assembleia. Cifuentes, por sua vez, foi pupilo de Angarita na Universidade dos Andes.⁹²¹ Ou seja, a indicação desses três decorreu de seus respectivos comprometimentos com os direitos humanos e suas posturas ativistas para protegê-los,⁹²² fato que auxiliaria a reforma do papel do Judiciário pretendida por Gaviria.

successful transition to a market economy, but on the other, entailed a series of substantive goals for elected governments. As some local observers have argued, the 1991 Constitution ‘is founded on a philosophy and an ideology consistent with interventionist social democracy, but brings in elements from the opposite side, a liberal or neoliberal approach, such as giving autonomy to a central bank’ (Murillo-Castaño and Gómez-Segura 2005, 4). This dual identity would have a determinant impact on the Constitutional Court’s behavior.”

⁹²¹ NUNES, Rodrigo M. “Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health”. *Op. cit.*, p. 80. “One of them, Alejandro Martínez, had advised the M-19 during the Constituent Assembly and was selected partly to reward M-19 for having supported many of the government’s proposals (Martínez 2007). The remaining two were Ciro Angarita, a law professor from the University of the Andes; and Eduardo Cifuentes, a lawyer from Manuel José Cepeda’s circle who had studied under Angarita.”

⁹²² *Idem*. “The principal characteristic of Gaviria’s academic appointees was their commitment to human rights and to a proactive judicial role in protecting them, a commitment that was heavily influenced by their legal education. Angarita, for example, earned a degree from Yale School in 1969 (Herrán 1998, 65). At the time, that institution actively promoted ‘teaching and research directly relevant to improving the world’ (Smith 2004, 151); on its faculty was legal philosopher Ronald Dworkin, an active defender of the position that judges should base their decisions on values. Arguably, these experiences also influenced Cifuentes, given his status as one of Angarita’s former students at the University of the Andes. The legal philosophy of Justice Martínez, on the other hand, was shaped by his tenure as a student at the Latin American Institute of Social and Economic Planning associated with CEPAL in Chile. According to him, during his stint at this United Nations institution, he ‘met for the first time the great universe of human rights, which was neither part of Colombia’s legal education, or applied by the courts, for the Supreme Court of Justice did not consider them part of domestic law’ (Martínez 2001).”

Ciente dos riscos de delegar tamanhos poderes à Corte Constitucional, o Presidente adotou certos mecanismos para restringir a autonomia das decisões judiciais, como, por exemplo, o controle realizado pelo Congresso Nacional sobre a estrutura institucional do Judiciário e o mandato de somente oito anos dos ministros.⁹²³

Apesar desses mecanismos, Gaviria e os demais atores políticos, de uma maneira geral, tinham interesse em incutir na Corte Constitucional e nos tribunais inferiores um senso de aplicação do direito e de tutela de direitos humanos, na medida em que esses atores políticos desejavam apoio judicial para cumprir suas agendas programáticas.⁹²⁴ Observando esse interesse político na expansão do papel do Judiciário, Manuel José Cepeda-Espinosa admitiu que *“Moreover, in recent times, social and political actors have gradually deferred to the court for the resolution of their most difficult questions.”*⁹²⁵

Com efeito, o que se extrai dessa dinâmica é que o ativismo da Corte Constitucional colombiana é, antes de tudo, um projeto político do presidente Gaviria e de sua coalizão, bem como dos grupos minoritários tradicionalmente excluídos do processo majoritário que se viram, durante a constituinte, razoavelmente empoderados. Ou seja, a Corte não atuou como guardiã da Constituição contra tudo e contra todos, numa demonstração de força contramajoritária. Em geral ela apenas satisfaz as expectativas que os atores políticos e constitucionais tinham e, com isso, atuou de forma preponderantemente majoritária, acumulando capital institucional.

Nesse sentido, explicações normativas clássicas para o ativismo judicial, como a frustração com os poderes eleitos, à luz da sua constante omissão em resolver os problemas da população precisam ser revistas. Afinal, são os poderes eleitos que estruturaram as instituições de forma a obter os resultados que a Corte entregou. O fato é que a atuação fortemente majoritária é a razão pela qual a Corte se tornou extremamente popular, e seu capital institucional alcançou níveis elevados.⁹²⁶

⁹²³ Ibid., p. 81.

⁹²⁴ Ibid., p. 86. “These findings help confirm two propositions set forth in this article: first, that ideas about role conceptions and a sense of mission are important determinants of judicial behavior, and second, that such conceptions are purposefully entrenched in judicial institutions by political actors who want courts to help them accomplish an idea-driven programmatic goal. These conceptions and beliefs shaped the court’s activism toward social rights in general and the right to health in particular.”

⁹²⁵ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*. V. 3, 2004, p. 535.

⁹²⁶ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*. V. 3, 2004, p. 535. Como indica Cepeda-Espinosa, em função da popularidade da Corte Constitucional, “It is not unusual to see hundreds of people marching and waving banners in front of the Palace of Justice, expressing their support of opposition to a given cause before the Court.”

E mais do que isso. A Corte Constitucional colombiana parece entender e antecipar as situações de confronto intenso e de perda do seu capital institucional. A relação da Corte com o Poder Executivo e sua recente moderação em relação ao ativismo na tutela dos direitos sociais indica que seus membros compreendem a dinâmica do capital institucional, ainda que de forma intuitiva, como sintetizou Rodríguez-Raga:

More concretely, the chapter shows that the court's assessment of the political context in which it makes a decision, its anticipation of the executive's reaction to this decision, and the costs associated with such a reaction shape the probability of the court deciding against the government's preferences.⁹²⁷

Na relação com o Poder Executivo, Rodríguez-Raga analisou 3.421 ações em que a preferência do executivo ou de sua coalizão era explícita em favor da manutenção da norma contestada e concluiu que quando o Executivo demonstrou um interesse explícito em determinado caso, evidenciando o quanto seria custoso para a Administração uma decisão contrária a seu interesse, a Corte se mostrou deferente;⁹²⁸ e essa tendência de validar normas foi significativamente maior no início de uma nova administração.⁹²⁹

Considerando na sua estatística apenas validações integrais das normas, Rodríguez-Raga estudou 82% das ações entre 1992 e agosto de 2006 julgadas pela Corte e concluiu que em 62% dos casos analisados a Corte foi deferente aos interesses do Executivo. Se incluirmos as invalidações parciais, esse número é significativamente maior.⁹³⁰ Ainda segundo o autor, a visão da Corte Constitucional colombiana como um tribunal forte e independente decorre da análise de alguns casos salientes e paradigmáticos

⁹²⁷ RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. In. HELMKE, Gretchen e RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press. 2011. p. 81

⁹²⁸ RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. In. HELMKE, Gretchen e RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press. 2011., p. 95. "the executive's explicit interest in a case also operates as a signal to the court regarding how costly an adverse decision would be for the administrative and therefore makes the court more deferential to it."

⁹²⁹ "Finally, the empirical evidence shows that the court tends to be more deferential to executives at the beginning of their terms than at the end. This pattern is similar to the logic of the strategic defection theory advanced by Helmke (2005) for the Argentinean Supreme Court. Nevertheless, the analysis suggests that the Colombian Constitutional Court rather follows a pattern of strategic deference because, as mentioned earlier, it tends to uphold legislation significantly more often during the initial months of an administration." Ibid., p. 95.

⁹³⁰ "between 1992, when the court started to operate, and August 2006, when the first Uribe administration came to an end. During this period, cases (...) amounted to 3,421, that is, 82 percent of the court's caseload. All these cases reached the court (...) and represent those cases in which the preferences of the executive and/or its legislative coalition are clearly in favor of a decision upholding the challenged norm. (...) I model here the probability that the court decides against the legal norm, and therefore against the executive, even by merely considering small portions of the norm unconstitutional or conditionally constitutional. This means that under this coding scheme, deference only occurs when the court leaves the norm untouched, which happens in 62 percent of the cases analyzed." Ibid., p. 96.

de direitos humanos, nos quais, como vimos, a Corte contava com o apoio da coalizão majoritária, mas não de um estudo sistemático de todos os casos revistos pela instituição inclusive em controle abstrato.⁹³¹

Uma demonstração clara de deferência aconteceu em outubro de 2005, quando a Corte analisou e validou a emenda constitucional que permitia a reeleição presidencial, mesmo considerando que a Constituição de 1991 vedava expressamente a reeleição presidencial. Na prática, a Corte chancelou a reeleição de Álvaro Uribe, cujo governo tinha aprovação média de 70% da população a época.⁹³²

Mesmo na seara da tutela de direitos, considerada o exemplo máximo do ativismo da Corte colombiana, a história é mais condizente com a dinâmica do capital institucional do que com a narrativa clássica. Nos anos subsequentes à Constituição de 1991 e à ascensão da nova concepção do Judiciário, as ações judiciais que objetivavam a tutela de direitos sociais não eram tantas a ponto de haver uma reação política, no entanto, a partir de 1997, começaram a surgir críticas a essa postura, sob o argumento de que não cabia, ao Judiciário, defender assistência social dos cidadãos.⁹³³ Tal fato ensejou a moderação da jurisprudência da Corte no tema, que em 1997 proferiu uma decisão em que reconheceu explicitamente a necessidade de ser deferente às escolhas do legislador em situações de recursos escassos.⁹³⁴ Uma série de decisões judiciais concedendo pedidos encampados no

⁹³¹ “The discussion of strategic deference and the findings presented here may run counter to the view, common in the literature, of the Colombian Constitutional Court as a highly independent tribunal. This popular view, however, results from the study of specific, highly salient cases in which the court made decisions enforcing citizen rights, not from a systematic analysis of all cases reviewed by the court. Moreover, these instances are typically concrete review cases (tutelas), as mentioned earlier. Unfortunately, to my knowledge, there is no comprehensive data set of concrete review cases for this court on which we could test whether the strategic deference theory applies to tutelas as well.” Idem.

⁹³² Ibid., p. 89.

⁹³³ “The court’s initial jurisprudence on social rights raised red flags among those who had opposed the constitutionalization of such entitlements, but at the outset it did not trigger responses or heavy criticism from public officials and the bureaucracy. In the early years of the new constitutional order, the number of social rights cases was not large enough to justify a political reaction (García Villegas and Uprimny 2006, 510; Uprimny 2006). In 1997, however, a government commission charged with evaluating Colombia’s fiscal accounts released a report claiming that social security was the greatest source of fiscal imbalance in the country and that the cost of judicial decisions during the period 1994-96, driven by judges’ ‘erroneous belief that it is [their] job to defend the welfare of citizens,’ accounted for 50 percent of the health system’s budget (Comisión de Racionalización del Gasto y de las Finanzas Públicas 1997, 66-67).” RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. In. HELMKE, Gretchen e RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press. 2011

⁹³⁴ “In this context, in 1997 the court moderated its jurisprudence. In a widely analyzed decision, the court, sitting en banc, refused to grant an elderly woman the right to receive arthritis treatment from an EPS to which she was no longer affiliated (SU-111/1997). The court argued that there was no immediate threat to her well-being or capacity to live a dignified existence that could justify circumventing existing rules of benefit provision. If, up to that point, the court had emphasized the powers of the judge in tutela cases to substitute for the will of the legislator, this decision emphasized the argument that judges must respect the legislator’s supremacy in the allocation of limited resources (Arango and Lemaitre 2002, 54).” NUNES,

direito à saúde, todavia, emergiu nos anos subsequentes, mas, agora, pautadas por regras específicas criadas pela Corte, delimitando os casos em que os juízes deveriam dar provimento às ações que envolviam tal tema,⁹³⁵ evidenciando que a Corte é sensível à influência política exercida sobre ela.

Mesmo considerando todos esses temperamentos ao ativismo da Corte, entre 1992 e 2006, alguns grupos políticos contrariados com a sua jurisprudência tentaram utilizar mecanismos para retaliar a Corte, e mesmo os presidentes usaram seu capital político para ameaçá-la. Desde 1991 todas as administrações anunciaram publicamente propostas de emendas constitucionais superadoras de decisões da Corte; em 1995 alguns membros do Congresso fizeram discursos propondo a extinção da Corte, como resposta a uma decisão limitando o poder das forças armadas; em 1997 a administração Samper anunciou uma emenda para retirar a possibilidade da Corte exercer o controle de constitucionalidade de decretos emergenciais em questões econômicas ou de segurança nacional; e pouco depois da posse de Uribe, em 2002, seu ministro do interior Fernando Londoño anunciou uma proposta de emenda que criaria um requisito de supermaiorias na Corte para declarar normas inconstitucionais.⁹³⁶

Essas reações demonstram que a Corte não foi majoritária o tempo inteiro, e claramente contrariou até mesmo o Poder Executivo em algumas situações. Destaque-se, recentemente, a declaração de inconstitucionalidade de um referendo popular cujo objetivo era aprovar a possibilidade de uma segunda reeleição, e na prática, conceder a Álvaro Uribe a possibilidade de um terceiro mandato.

Ainda que se possa questionar a extensão da contramajoritariedade dessa decisão, considerando que a popularidade do presidente não necessariamente significa concordância com a substituição do regime constitucional estabelecido em 1991, sem dúvida essa e outras decisões certamente desagradaram atores políticos relevantes e gastaram o capital institucional da Corte. No cômputo geral de créditos e débitos, o fato de

Rodrigo M. Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health. *Op. cit.*, pp. 89-90.

⁹³⁵ “Nevertheless, and despite this rhetorical shift, many of the court’s paradigmatic decisions regarding the right to health emerged from the previous period is that after 1997 the court developed specific rules about the conditions under which judges should accept claims for social rights protection. Regarding health, the court created rules that allowed tutelas in favor of the provision of health benefits to persons with HIV (SU-480/1997), cancer (T-283/1998), cerebral palsy (T-286/1998), and other serious conditions. The right to health was also used to justify the development of public sanitation (SU-442/199) and to mandate the vaccination of children in poor areas of Bogotá (SU-225/1998). The court further admitted the possibility of state funding for medical treatments abroad (SU-819/1999).” *Ibid.*, p. 90.

⁹³⁶ RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006. *Op. cit.*, p. 86.

nenhuma das propostas de retaliação ter sido seriamente considerada sugere que a Corte tem equilibrado suas decisões contramajoritárias e preservado o seu capital institucional, como sintetizou Rodriguez-Raga:

All this rather anecdotal evidence shows how the incumbent may react to court decisions checking his or her power. That none of the major amendment proposals was actually approved in congress (most of them were not even introduced or were withdrawn by the government) or by referendum shows that the level of legitimacy of the court has been sufficiently high so far to prevent major attacks against its jurisdiction.⁹³⁷

3.5.2 A Suprema Corte Constitucional Egípcia.

A Suprema Corte Constitucional Egípcia (SCC) é um dos mais interessantes exemplos da dinâmica do capital institucional por uma série de razões. Primeiro porque, como já foi dito, demonstra que a dinâmica do capital institucional existe mesmo em ambientes não democráticos. Segundo, porque ilustra muito bem uma das razões elencadas para o empoderamento do Judiciário: a atração de investimentos. Para além disso, a SCC ilustra todos os aspectos do capital institucional explorados nesse trabalho, notadamente, a expansão inicial, a bem sucedida administração da quota de decisões contramajoritárias em um primeiro momento, e, na sequência, o excesso de confiança no apoio difuso que levaram à limitação da Corte pelo poder executivo.

A SCC foi criada em 1979 no meio de uma transição política e econômica. O então presidente Sadat queria reorganizar o cenário político para se afastar das influências soviéticas e da filosófica comunista, que tinham resultado em fuga de capitais internos e total descredibilidade no mercado internacional.⁹³⁸ Como já foi dito nesse trabalho, a SCC foi criada no contexto de demonstrar o respeito aos contratos e ao “*rule of law*”, não por um legítimo compromisso do ditador Sadat com a agenda dos direitos, mas por uma necessidade de tirar o país do caos econômico. De 1979 a 1991, a SCC declarou diversas normas dos governos anteriores incompatíveis com a Constituição, sobretudo leis que haviam feito expropriações e/ou desconsiderado a propriedade privada. A SCC fez exatamente o que se esperava dela, e foi acumulado capital institucional.⁹³⁹

Além dessa função de auxiliar o Estado a atrair investimentos, o Poder Executivo teve outra razão para ampliar o capital institucional da SCC: ela cooperou na assunção de

⁹³⁷ Idem.

⁹³⁸ MOUSTAFA, T. The struggle for Constitutional Power, Op. cit., p. 90.

⁹³⁹ Ibid.. pp. 91/93.

responsabilidade pela contenção do movimento Islâmico. Em uma manobra tipicamente política, Sadat concedeu ao crescente movimento Islâmico alterações na Constituição de 1971 para incluir um artigo 2º prevendo a “jurisprudência islâmica como a principal fonte da legislação”. A partir do seu assassinato, grupos religiosos começaram a questionar normas do código civil egípcio que contrariavam o Islã. A SCC adotou um padrão recorrente nesses casos: deixava de julgar o mérito da questão a partir de questões procedimentais, algumas beirando o absurdo: os casos 21 e 72 de 1985 deixaram de ser julgados porque a petição não havia especificado a lei a ser analisada.⁹⁴⁰

A SCC assumiu a responsabilidade de questões divisivas – outra razão para empoderar o Judiciário – e, a partir de argumentos estritamente jurídico-formais, deixou de beneficiar esses grupos religiosos sobre o pretexto da aderência ao direito, o que certamente protegeu o seu capital institucional e permitiu a sua expansão.

Ainda assumindo o ônus político de questões divisivas, a Corte declarou inconstitucional, em março de 1955, a lei 49/1977, que tratava de critérios para sucessão em contratos de aluguel – um tema crucial relacionado ao sistema habitacional do país, que estava na agenda do governo e cuja alteração legislativa era enfrentada de forma intensa pela oposição ao regime.⁹⁴¹ O resultado do julgamento construiu o cenário ideal para o regime, que ampliou o capital institucional da SCC.

Com base nesse sucesso inicial e crescente acúmulo de capital institucional, a SCC alcançou nos primeiros anos da década de 1990 um equilíbrio “perfeito” em seu contexto institucional. Agradando o executivo nas questões fundamentais, começou a expandir sua rede de apoio difuso: advogados, pobres, e Organizações Não-Governamentais (ONGs) de direitos humanos passaram a ver suas demandas acolhidas pela SCC, que abriu um canal de atuação política para esses grupos que, naturalmente, ampliaram consideravelmente o capital institucional da SCC. Nas palavras de Moustafa:

Throughout the 1980s, the interests of civil associations, opposition parties, and the SCC began to converge, and a judicial support network began to take shape. (...)

the SCC began to use international law to bolster its rulings, and it forged new institutional links with foreign jurists and international rights organizations. The SCC also made itself the focal point for reform efforts by continuing to open space for political activists. This generated the constitutional litigation necessary for the SCC to expand its exercise of judicial review and it shaped a vocal judicial support network that would defend SCC independence. This symbiotic

⁹⁴⁰ Ibid., p. 108.

⁹⁴¹ MOUSTAFA, T. *The struggle for Constitutional Power*, Op. cit., p. 123.

relationship was a key ingredient to the rapid expansion of constitutional power that occurred in the 1990s.⁹⁴²

Mesmo com seu capital institucional em ascensão, a SCC até meados dos anos 1990 permaneceu consciente da sua quota de decisões contramajoritárias. Como dissemos ao expor o conceito, a majoritariedade/contramajoritariedade não pode ser mensurada pelo número de pessoas que se prejudicam/beneficiam. Via de regra, o chefe do executivo é um ator autônomo cujo sentimento em relação ao resultado de uma decisão é crucial para a definição da “majoritariedade”. No caso de um estado ditatorial, em que os poderes do Executivo são ainda maiores, o “peso” desse poder aumenta significativamente.

Mas esse não é o único elemento para analisar o gasto do capital institucional. A saliência da decisão também é fundamental. Em 1984, a SCC analisou um caso extraordinário com potencial de agredir de forma profunda o poder executivo: a constitucionalidade das Cortes estaduais emergenciais de segurança (*Emergency State Security Courts*), caso 55 do 5º ano judicial.⁹⁴³ Essas cortes formavam um sistema legal paralelo e permitiam que o regime julgasse causas “ameaçadoras” ao Estado. Muitas contestações a esse sistema paralelo chegavam à Corte, mas, consciente dos limites do seu poder, a SCC considerou tal regime constitucional, e, além disso, desconsiderou sistematicamente desafios às transferências de civis de cortes civis para essas cortes militares. Demonstrando a relutância da Corte de desafiar os interesses vitais do poder executivo.⁹⁴⁴ Além dessas decisões, outros aspectos vitais de interesse do governo foram validados pela Corte, como o regime de detenções arbitrárias. Em resumo, até então a SCC observava a sua quota de decisões contramajoritárias:

SCC rulings shaped state-society interaction and affected state policy, but the Court was contained within a fundamentally illiberal political system. This dynamic is paradoxical, but not at all unique to Egypt. As illustrated in Chapter 2, the more deference that judicial institutions pay to any regime’s core political interests, the more they are allowed to expand rights provisions at the margins of political life...⁹⁴⁵

Ou seja, sem extrapolar a sua quota de decisões contramajoritárias, a SCC foi capaz de alterar marginalmente o *status quo* de minorias e grupos oprimidos pelo regime. Até o momento em que essa proteção e expansão dos direitos dessas minorias que

⁹⁴² MOUSTAFA, T. *The struggle for Constitutional Power*, Op. cit., p. 119.

⁹⁴³ MOUSTAFA, T. *The struggle for Constitutional Power*, Op. cit., pp. 104-105.

⁹⁴⁴ *Ibid.* p. 106.

⁹⁴⁵ *Ibid.* p. 232.

integravam a sustentação difusa da Corte e lhe concediam capital institucional a levaram a agredir de forma continuada o regime, com duas decisões que gastaram sua quota de decisões contramajoritárias: a decisão declarando inconstitucional a nova lei do governo regulamentando as organizações não governamentais e a decisão ordenando o monitoramento total e irrestrito das eleições.⁹⁴⁶

A SCC gastou todo o seu estoque de capital institucional com o mais importante dos atores constitucionais egípcios: o poder executivo. E com isso, os resultados produzidos em outras searas, como a econômica, deixaram de ser suficientemente vantajosos a ponto de continuar sendo interessante para ao regime manter a SCC independente, e o resultado foi a redução drástica da autonomia e do poder da Corte:

Regimes work to contain judicial activism, but in some cases they will find that the political cost of autonomous courts comes to outweigh the benefit that they provide in terms of attracting investment, maintaining discipline in the state's bureaucratic machinery, defraying the cost of controversial policies, and bolstering a regime's claim to some degree of procedural legitimacy. If and when that day comes, the strength of judicial support networks is put to test. Given power asymmetries and the general weakness of civil society in the developing world (itself the purposive result of regime dominance), judicial support networks typically collapse under the weight of determined regime retrenchment.⁹⁴⁷

3.5.3 A “mãe de todos os Judiciários”.⁹⁴⁸ O Desenvolvimento da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Ao longo deste trabalho tratamos constantemente do desenvolvimento da Suprema Corte dos Estados Unidos. Não é o caso aqui de voltar a todos os exemplos. O fundamental é repisar que, ao longo dos duzentos anos, uma sucessão de construções dos diversos atores políticos – Presidentes, o legislativo e, principalmente, a Corte – e não políticos – opinião pública e grupos de interesse - engrandeceram institucionalmente a Suprema Corte, a ponto dela ser capaz de influenciar decisivamente no processo político americano, ou, em outras palavras, a ponto dela se tornar efetivamente capaz de ser contramajoritária.

⁹⁴⁶ Ibid., p. 234.

⁹⁴⁷ MOUSTAFA, T. The struggle for Constitutional Power, Op. cit.,, p. 236.

⁹⁴⁸ A referência tem por propósito demonstrar que o judiciário americano, na sua atividade de judicial review, teve o mesmo caráter de ineditismo e exemplo que o legislativo inglês, cujo parlamento é considerado e até hoje referido como “the mother of all parliaments”, ou “a mãe de todos os parlamentos”.

Nesse processo, é possível identificar nitidamente a postura cooperativa da Suprema Corte em todos os momentos de sua história, mesmo nas situações em que atualmente se considera que ela foi contramajoritária.

No primeiro momento, a Corte e o Judiciário estavam a serviço dos interesses dos Federalistas, cuja postura privilegiava, dentre outros aspectos, a expansão do governo federal, em detrimento da “democracia” consubstanciada nos estados.⁹⁴⁹ Depois do embate com Thomas Jefferson, a Corte se enfraqueceu e adotou uma postura mais autorrestrita - seus membros deixaram de ser politicamente ativos - só voltando a desafiar o executivo federal mais de 150 anos depois, no caso *Dred Scott v. Sanford*.⁹⁵⁰

Depois desse breve momento inicial de disputa, e durante esses 150 anos seguintes, a Suprema Corte esteve a serviço do governo federal na consolidação do federalismo e da expansão do poder federal. Afinal, a verdade é que o conceito de federação, assim como o de controle de constitucionalidade, não surgiu e ficou resolvido nos corações e mentes de uma hora pra outra. Muitos anos depois da independência e da Constituição Federal, os Estados ainda se consideravam “soberanos” e desafiavam o poder central.

Talvez por isso, Whittington diga que “*Historically, the federal context has been an important one, perhaps the most important one, for generating support for the power of judicial review from other national government officials.*”⁹⁵¹ Realmente, os numeros demonstram que a Corte exerceu o *judicial review* muito mais frequentemente em face dos Estados do que invalidando normas da União. Ou como coloca Graber, não é surpreendente a constatação de que a Suprema Corte normalmente apoia os vencedores das arenas nacionais quando eles perdem no âmbito local.⁹⁵²

A Suprema Corte conseguiu se consolidar como instituição em grande medida porque convinha ao executivo federal, que a utilizava para expandir seus poderes em face dos estados. Só que esse apoio do executivo não era total e irrestrito. Muitas vezes, em face de desafios explícitos a decisões da Corte Suprema por parte dos estados, o executivo federal silenciava. E, nesses momentos, ficava evidente que, como Hamilton havia proposto no Federalista nº 78, o Judiciário era de fato o poder menos perigoso.

⁹⁴⁹ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., pp. 103104.

⁹⁵⁰ 60. U.S. 393

⁹⁵¹ WHITTINGTON, K. Legislative Sanctions and the Strategic Environment of Judicial Review. *International Journal of Constitutional Law* 1 (Julho). 472.

⁹⁵² GRABER, Mark. A. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. Op. cit., p. 39. “The Supreme Court, not surprisingly, normally supports the winners of American national politics when they lose locally”.

A disputa de poder entre o governo federal e os Estados – existente desde o surgimento da Federação – impedia que o executivo federal desafiasse constantemente a Suprema Corte. O governo de Andrew Jackson talvez seja o melhor exemplo disso. O 7º Presidente dos Estados Unidos era um homem cujas raízes políticas eram democráticas. Suas bandeiras eram a democracia e a luta contra elites aristocráticas, era partidário de um governo federal limitado e de maior poder para os estados. Herdeiro de “movimentos populares”, tal como Jefferson, sua postura não era, ao menos em princípio, particularmente amigável com o Judiciário. Contudo, à luz da disputa de poder entre os Estados e o governo federal, que evoluiu gradativamente até se tornar insustentável na “*Nullification Crisis*”, Jackson foi obrigado a defender o poder da Suprema Corte e apoiá-la, não porque acreditava que ela era a guardiã da Constituição, mas sim porque proteger a Suprema Corte era, em última análise, proteger o seu próprio governo.

O sistema de competências desenhado pela Constituição Americana definiu expressamente as competências para o governo federal legislar e todas as demais questões eram de autoridade legislativa dos estados. Contudo, o Congresso recebeu ainda a autoridade para aprovar leis que fossem necessárias para executar os seus poderes. A disputa entre os pró-estados e os pró-União era intensa. Em pouco tempo, a defesa dos direitos dos estados passou a ser encampada por todos os políticos que se opunham ao governo federal. O inverso também ocorria. Políticos historicamente pró-estados iam se “convertendo” para o outro lado à medida que chegavam ao poder central.⁹⁵³

Essa dinâmica, em que a Suprema Corte era apoiada pelo governo federal em face dos estados reverberou em suas decisões. Aproveitando o período de sentimento nacionalista que surgiu após a Guerra de 1812, a Corte começou a consolidar sua jurisprudência que gradualmente ampliou a autoridade do governo federal. Há diversas decisões desse período que ilustram o ponto. *Martin v. Hunter’s Lessee*,⁹⁵⁴ *Gibbons v. Ogden*,⁹⁵⁵ e, a decisão mais famosa desse período *McCulloch v. Maryland*, que estabeleceu a noção de poderes implícitos. Por sua importância, o caso merece um breve resumo.

⁹⁵³ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 74.

⁹⁵⁴ Nesse julgado, a Suprema Corte Americana reverteu uma decisão da Corte de apelação da Virgínia - que entendeu que a Suprema Corte não tinha competência para rever suas decisões – argumentando que a revisão pela Suprema Corte era essencial para garantir a uniformidade e supremacia da lei federal. FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., p. 80.

⁹⁵⁵ Em *Gibbons v. Ogden*, decisão proferida em 1824, a Suprema Corte definiu de forma ampliativa os poderes do Congresso Federal enumerados na Constituição. Idem.

O Congresso Federal criou o *Second Bank of the United States*, que, embora fosse uma instituição nacional, era um banco privado cujas ações encontravam-se, em sua maioria, em poder de entidades privadas. As filiais desse banco nacional começaram a concorrer com os bancos estaduais, e, na maioria das vezes, tirando esses últimos de circulação. Tal expansão do governo federal começou a ser hostilizada e o estado de Maryland passou a cobrar tributos da filial de Baltimore. O banco argumentou que a Constituição Federal proibia os estados de taxarem instituições federais. O caso gerou bastante tumulto e expectativa e a opinião pública acompanhou com olhares atentos. Havia duas questões centrais a serem decididas pela Corte. A primeira, se a Constituição Federal dava ao governo federal o poder de criar um banco e, a segunda, se os estados podiam tributar o banco federal.

Seguindo sua linha de fortalecer o governo federal – seu maior aliado – em detrimento dos governos estaduais, a *Supreme Court* decidiu da seguinte forma: quanto à competência do governo federal, e a correta interpretação a ser dada aos termos “*necessary and proper*”, em detrimento da tese defendida pelos advogados de Maryland de que a competência federal deveria ser interpretada de forma estrita, limitada ao que está escrito como competência federal, os *Justices* optaram por uma interpretação ampliativa, em que definiram que se o objetivo a ser alcançado estava estabelecido para o legislativo federal, então os meios também deveriam estar, ainda que de forma implícita; No que concerne à competência dos estados para tributar a União, a decisão estabeleceu que o poder de taxar envolvia o poder de destruir, e, portanto, um estado não poderia ter o poder de destruir a União. A decisão proferida em *McCulloch* serviu duplamente aos propósitos do governo federal e da Suprema Corte: ampliou as competências federais e restringiu as competências dos estados.

Enquanto se consolidava com o governo federal, o Judiciário passou também a defender uma causa de grupos de interesse do sul: a escravidão. Ele foi reorganizado para isso, como vimos no capítulo 2, e atuou cooperando com esse grupo, que, por ter sido derrotado, viu a posição favorável à escravidão, a época encampada por mais ou menos metade do país, se transformar rapidamente em uma postura contramajoritária. Contudo, analisada em perspectiva, a cooperação com os estados do Sul era, no máximo, sutilmente contramajoritária a época e consistente com os sentimentos e as posições públicas de

muitos políticos, como por exemplo, a do presidente a época em que *Dred Scott* foi decidida, James Buchanan.⁹⁵⁶

Na terceira onda da história de cooperação da mais alta corte americana está o alinhamento com interesses corporativos e de grandes empresas em detrimento dos pequenos negócios estaduais.⁹⁵⁷ Em consonância com sua história de promoção do poder federal, a Suprema Corte derrubou empecilhos em legislações estaduais que eram entraves ao crescente capitalismo americano. Tornou-se ainda parte da coalizão que cooperou com essas forças para diluir os movimentos trabalhistas, que se tornavam uma força crescente no mundo, a partir da doutrina marxista, e igualmente representavam um custo para a expansão do capitalismo. A forma como a diluição desses movimentos aconteceu nos Estados Unidos é extremamente ilustrativa da dinâmica que enfrentamos neste trabalho, razão pela qual entraremos em detalhe nesta história.

Em seu livro, *Legislative Deferrals: Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*, George Lovell analisou os movimentos trabalhista e sindical do início do século XX nos Estados Unidos sob o prisma do processo legislativo das quatro principais leis relacionadas a esses movimentos (Erdman Act de 1898, Clayton Act de 1914, Norris-LaGuardia Act de 1932 e o Wagner Act de 1935). O estudo dos movimentos trabalhistas na virada do século XIX para o XX é fundamental para a compreensão do estado Americano: primeiro porque se trata de um período de mudanças substanciais (notadamente, a ampliação enorme do governo federal, cujas raízes começam nesse período e vão permitir a consolidação do Estado preconizado pelo New Deal; mas também no pensamento jurídico, que começa a sair de um modelo supostamente científico para incorporar uma concepção sociológica ao direito), mas também porque o período sintetiza o surgimento, expansão e retração dos movimentos populistas e trabalhistas como nenhum outro. Aqui estão as possíveis explicações para a razão dos EUA não possuir – ao contrário dos seus irmãos Ingleses e de muitos países Europeus – um movimento trabalhista robusto.⁹⁵⁸ Na verdade, sequer possuir um movimento trabalhista. Mais do que

⁹⁵⁶ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., pp. 105/136. Um dado curioso sobre a decisão. A Corte decidiu *Dred Scott* dois dias depois que Buchanan, presidente com simpatia pela posição escravagista, tomou posse.

⁹⁵⁷ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*. Op. cit., pp. 137/166.

⁹⁵⁸ LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003. posição 695-701 (versão Kindle) Scholars who have attempted to explain these transformative changes have long recognized that the activities of labor organizations are an important part of the story. In particular, scholars have made some of the unique characteristics of the American labor movement an important component in explanations of some of the unique or “exceptional” features of American politics, such as the relatively low level of social provision in

isso, a relação do movimento sindical com o legislativo e o judiciário é marcada por muito mais do que se imagina.

Para o nosso propósito, é fundamental compreender primeiro o senso comum sobre esse período histórico. A narrativa padrão identifica claramente a dicotomia “legisladores progressistas” – “judiciário conservador”, ou, nas palavras de Lovell, “*The story that emerges from these recent studies is one of good legislatures and bad courts.*”⁹⁵⁹

Nessa leitura padrão, o Judiciário teria sido o grande responsável pela perda gradativa de força do trabalhismo e do sindicalismo americano e pela redução das conquistas desse movimento,⁹⁶⁰ cujas vitórias legislativas foram sistematicamente vetadas pelo Judiciário em geral e pela Suprema Corte em especial. Sistematizando a leitura feita pelos principais estudiosos do tema,⁹⁶¹ Lovell expõe que todos chegam ao mesmo resultado, qual seja, o da interferência direta do Judiciário no movimento trabalhista, sugerindo que *judicial rulings that thwarted statutory reforms discouraged labor organizations from developing a more aggressive and independent political voice in American politics.*⁹⁶²

Lovell, contudo, apresenta uma reeleitura dessa história para demonstrar que na verdade, as tão faladas “vitórias democráticas no legislativo” foram muito menos do que isso. O movimento trabalhista não era articulado e apoiado no legislativo como se imagina. E as decisões judiciais que “derrubaram” o movimento trabalhista não fizeram nada além do que exercer o papel que o legislativo esperava do Judiciário. O legislativo empoderou o judiciário a partir de textos de lei ambíguos ou propositadamente

the United States. Scholars have noted that unlike the labor movements of Britain and parts of continental Europe, American labor failed to develop a powerful and independent political voice.

⁹⁵⁹ Ibid., pos. 701.

⁹⁶⁰ Ibid., pos. 713. The four statutes examined in this study cover a period that intersects with these recent and influential accounts of law’s role in shaping the labor movement. Three of the four cases (the Erdman Act of 1898, the Clayton Act of 1914, and the Wagner Act of 1935) have been widely identified as instances in which conservative judges thwarted important pro-labor policy reforms contained in the statutes.

⁹⁶¹ Os três estudiosos e seus trabalhos mencionados por Lovell são: *Labor Visions and State Power* (1993) de Victoria Hattam; *Law and the Shaping of the American Labor Movement* (1991) de William Forbath; e uma série de artigos escritos por Karl Klare em 1978, 1979, 1981, 1985 e 1990 sobre o direito do trabalho nos EUA. Idem., pos. 700-707.

⁹⁶² Although they have covered different (but overlapping) periods and used very different assumptions and methods, the authors of these recent accounts have reached remarkably similar conclusions about the effect of law and judges on the development of the American labor movement. All three scholars find that rulings by judges who were hostile toward labor organizations helped to shape the legal ideologies that in turn shaped workers’ organizing strategies and collective political aspirations. All three scholars also suggest that judicial rulings that thwarted statutory reforms discouraged labor organizations from developing a more aggressive and independent political voice in American politics. LOVELL, George I. *Legislative Deferrals: Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2003, pos. 713.

compromissórios, com plena consciência de que o Judiciário seria um instrumento de manutenção do *status quo*:

Like this earlier accounts, the one offered here finds that institutional (and particularly legal) processes helped to shape the American labor movement. However, I reject the claim that judges shaped the labor movement by thwarting important legislative victories that labor organizations thought they had won through democratic processes in the legislative branch. The good legislatures/bad courts story is replaced by one where both legislators and judges fail to advance the interests of workers and labor organizations. I find that earlier accounts have overestimated labor's accomplishments in legislatures, and thus overestimated the significance of judicial decisions that appeared to thwart political victories. I find instead that the hostile judicial rulings occurred in part because legislators deliberately created conditions that empowered judges to make important substantive decisions on labor policy. In two of the three cases that scholars have associated with judicial interference (the Clayton and Wagner acts), members of Congress built support for the legislation by deliberately using legislative ambiguity to create uncertainty about the meaning of the bill. In the third such case (the Erdman Act) members of Congress deliberately expanded the discretionary policy-making powers of the courts by giving judges vaguely defined enforcement powers that made it easy for employers to enlist the aid of judges to defeat strikes. (...) These findings mean that the power of unelected judges to decide issues of labor policy was not simply the result of some fixed institutional or ideological power of unelected judges, but also partly the result of decisions made by elected legislators in Congress.⁹⁶³

Trata-se de dar um novo colorido à relação entre o legislativo e o judiciário no que concerne ao trabalhismo: sai o branco e o preto, entra o cinza. Há múltiplos fatos que demonstram como as leis que são consideradas as principais vitórias do movimento trabalhista americano não passaram de compromissos ambíguos que mais demonstram a incapacidade do movimento sindical em estabelecer uma base legislativa sólida e comprovam a pura retórica da suposta força das organizações trabalhistas.

Talvez o exemplo mais ilustrativo dessa fraqueza seja a influência que os sindicatos tiveram no processo legislativo dessas quatro leis. A principal (e maior) organização trabalhista, que dominava o movimento trabalhista do período,⁹⁶⁴ era a Federação Americana do Trabalho,⁹⁶⁵ ou “AFL”, na sigla em inglês. No espectro de associações trabalhistas, a AFL era uma das mais conservadoras, tendo sido até mesma caracterizada como a “aristocracia trabalhista” por um jornal mais radical.⁹⁶⁶ Muitas

⁹⁶³ LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003, pos. 719-725.

⁹⁶⁴ LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003., pos. 701.

⁹⁶⁵ American Federation of Labor, “AFL”.

⁹⁶⁶ Em uma nota de seu livro, Lovell enfatiza como o Industrial Worker ridicularizava a tentativa da AFL de atuar dentro dos parâmetros legais existentes. O periódico era consideravelmente mais a esquerda no

dessas alternativas trabalhistas, já ecoando a crítica Marxista, desdenhavam do modelo legal existente e acreditavam que a tentativa da AFL de traduzir as suas demandas na linguagem jurídica e legislativa era um erro. A AFL se opunha à criação de um movimento trabalhista politicamente independente, que enfatizasse a diferença de classes. Sua estratégia, ao contrário, era a cautela e a tentativa de avanço da agenda trabalhista dentro do sistema americano bipartidário⁹⁶⁷.

Justamente essa postura moderada permitiu que muitos congressistas defendessem que o Congresso cooperasse com a AFL, sob pena de eventualmente serem obrigados a lidar com grupos muito mais agressivos, como os Cavaleiros Trabalhistas (*Knights of Labor*), que defendiam greves em massa e uma conscientização de classe perigosos para o *status quo* americano.⁹⁶⁸ Ainda assim, sob o ponto de vista das leis em análise, a AFL ficou muito longe de sua posição preferida: *the AFL vehemently opposed passage of the Erdman Act. The AFL did eventually endorse the other two statutes that ran into difficulties in the courts, but both of those statutes were compromise substitutes for earlier proposals that AFL leaders expected to be more effective.*⁹⁶⁹

Nem mesmo a posição mais moderada dentro do trabalhismo chegou perto de obter o que queria no Congresso. E mais, como Lovell nos ensina, a oposição inicial da AFL aos projetos de lei que serviriam de base para essa legislação (como no caso do Clayton Act), tinha como argumento justamente a percepção de que tais projetos empoderavam demais o judiciário,⁹⁷⁰ o que nos leva a perceber que todos os participantes do processo legislativo, parlamentares, líderes trabalhistas ou empregadores, tinham um conhecimento muito

espectro político e caracterizou a tentativa da AFL de “aristocrática”. “The article also chided the AFL: “The injunction still strikes terror to the hearts of the aristocrats of labor, but for those rebellious and propertyless workers, to whom jail is no reproach, the ‘holy writ’ of capitalism is a huge joke.” *Idem.*, pos. 3762.

⁹⁶⁷ During the period covered here, the labor movement was dominated by the American Federation of Labor (AFL), an organization that opposed efforts to build a broad, class-based, and politically independent labor movement. The AFL instead favored the more cautious strategy of working within the existing two-party system to “reward friends and punish enemies. *Idem.*, pos. 700.

⁹⁶⁸ Voluntarist labor organizations like the AFL and the Railroad Brotherhoods sometimes seemed to be as repulsed as judges by the disruptive tactics of some radicals, and AFL leaders would often remind legislators that the AFL could be displaced by a more radical labor movement if legislators did not respond appropriately to the AFL’s moderate demands. The radicals’ open contempt for the the legal process often led federal judges to enlist the aid of private security guards and federal troops to defeat them. LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003., pos. 850.

⁹⁶⁹ *Ibid.* pos. 725.

⁹⁷⁰ In the case of the Clayton Act, for example, the statute Congress eventually passed looks very similar to earlier proposals for compromise that the AFL had vehemently criticized. For several years prior to passage of the Clayton Act, AFL leaders had rejected those similar efforts at compromise precisely because they determined that such compromises gave too much power to judges. *Idem.*, pos. 738.

sofisticado sobre as doutrinas jurídicas, e mais, faziam esforços conscientes para antecipar a reação do judiciário à legislação.⁹⁷¹

Em suma, os envolvidos no processo legislativo disputavam duas posições: estatutos mais vagos e propositadamente empoderadores do Judiciário, que todos sabiam que não era simpático à causa trabalhista, ou estatutos com posições claras que não deixassem nenhum espaço para o Judiciário atuar (a posição preferida dos trabalhistas). Essa segunda opção não era viável, pois *Labor leaders were well aware that they did not have the political power to produce the type of legislation that they thought would best control the courts.*⁹⁷²

Como veremos a seguir, a AFL, pressionada internamente para apresentar algum resultado e manter-se como a representante do trabalhismo, acabava cedendo e optando por aceitar compromissos em legislações que na retórica eram extremamente benéficas para os trabalhadores mas que em verdade empoderavam o Judiciário para conformar as políticas públicas aos verdadeiros objetivos do Congresso, no que Lovell chamou de *hollow laws*.⁹⁷³ Em poucas palavras, isso foi tudo que os movimentos trabalhistas conseguiram no Congresso Americano, pelo menos nesse momento histórico: compromissos vagos e imprecisos que adiaram decisões específicas e as delegaram para um outro poder, o Judiciário:

[b]y showing that legislators' apparent responses to labor were typically hollow laws that allowed judges to continue making labor policy, I shatter the illusion of a Congress that was responsive and permeable to labor organizations. In reality, the legislators in Congress were very resistant to the core demands of labor organizations, and labor lacked the political power to change the membership of Congress. Moreover, labor's difficulties were compounded because the broader institutional system of separation of powers helped to insulate legislators from political pressures for change. The eagerness of judges to regulate workers meant that an antilabor policy regime could develop without legislators having to make overt antilabor decisions on statutes. Thus, judges made it easier for legislators to avoid the political costs of making clear choices on labor policy, and more difficult for workers to hold legislators responsible.⁹⁷⁴

⁹⁷¹ I do not find, for example, that labor leaders were simply duped into believing that flawed statutes were certain to create dramatic policy gains for labor. The labor leaders who took part in legislative processes repeatedly demonstrated a very sophisticated understanding of likely judicial responses to competing legislative proposals. *Idem.*, pos. 732.

⁹⁷² *Ibid.*, pos. 744.

⁹⁷³ *Ibid.*, pos. 775.

⁹⁷⁴ LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003., pos. 775-782.

Nesse sentido, o Judiciário não agiu de forma contramajoritária e prejudicial à democracia⁹⁷⁵. Ao longo desse processo de invalidações, o Judiciário exerceu exatamente o papel que os legisladores – e mesmo os movimentos sociais – esperavam dele. Nessa atuação cooperativa com o legislativo, ele foi empoderado e saiu do processo mais forte e apoiado do que antes.

Vejam os detalhes como isso aconteceu, analisando o *Erdman Act*, de 1898, a primeira lei dessa história, que serve de paradigma para as demais.

Em 1908, a Suprema Corte americana decidiu o caso *Adair v. United States*⁹⁷⁶ (208 U.S. 161), considerando inconstitucional a seção 10 que estabelecia duas condutas patronais como ofensas de pequena gravidade: a colocação de ferroviários sindicalizados em listas negras e a exigência de que os empregados assinassem os contratos com a promessa de não se sindicalizar (“*yellow-dog contracts*”). A Suprema Corte afastou essa conquista dos trabalhadores alegando que tal interferência legislativa violava a “liberdade de contratar” protegida pela Constituição. Muitos estudiosos consideram a decisão em *Adair* como devastadora para os interesses do trabalhismo. A decisão – ao afastar a ilegalidade dos contratos “*yellow-dog*”, terminou por legitimá-los, multiplicando a sua incidência e dos remédios judiciais tendentes a garanti-los (“*injunctions*”), o principal problema judicial que o movimento trabalhista enfrentou nesse período.

Considerando que a Lei Erdman foi aprovada na Câmara dos Deputados por 226 votos a favor e apenas 56 contra e no Senado por 47 a 3, essa decisão parece se encaixar perfeitamente no modelo contramajoritário, em que um Judiciário não eleito criou obstáculos ao processo democrático. Por essa razão, a doutrina costuma entender *Adair* como *one of a series of judicial rulings that reversed important legislative victories won by labor organizations*.⁹⁷⁷ O senso comum é claro nesse caso, considerando o Erdman Act como uma clara vitória legislativa em atendimento às demandas das organizações trabalhistas.⁹⁷⁸ Nesse sentido, a história convencional sugere que o Erdman Act foi mais

⁹⁷⁵ O fato de um movimento tão numeroso e representativo como o trabalhista ser incapaz de mobilizar uma maioria sólida no Congresso é muito provavelmente um problema sim da democracia. Mas ele diz menos respeito à atuação do Judiciário e mais ao desenho institucional do legislativo americano que não o torna perfeitamente responsivo às maiorias. Infelizmente, nosso trabalho não poderá aprofundar esse tema.

⁹⁷⁶ William Adair era o mecânico chefe de uma Ferroviária. Como supervisor dos empregados, ele foi acusado de ameaçar e depois demitir um funcionário justamente por fazer parte do sindicato de sua profissão. A Suprema Corte decidiu que a Seção 10 era inconstitucional e não julgou o mérito da ação. *Ibid.*, pos. 1078.

⁹⁷⁷ LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003., pos. 1015.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, pos. 1021.

um de muitos exemplos de vitórias legislativas dos movimentos trabalhistas que foram derrubadas ou se tornaram mancas nas mãos de juízes hostis⁹⁷⁹

Contudo, o conhecimento convencional aqui comete três erros cruciais, todos relacionados entre si: superestima a influência do movimento sindical no Legislativo, conseqüentemente subestimando uma faceta representativa da decisão da Suprema Corte. Cometendo esses dois erros, o terceiro se torna inevitável: perde-se de foco a interação verdadeira entre os poderes, e as razões que estimulam o legislativo a empoderar o Judiciário:

However, the real story of labor's role in the passage of the Erdman Act, revealed here after a more detailed look at the political context in which legislators made decisions, is considerably different. The message sent by Congress's collective decision to pass the Erdman Act is more complicated and ambiguous than it first appears. (...) Adair was not an exercise of raw judicial power that reversed labor's successful utilization of democratic processes in the legislative branch. (...) Closer scrutiny of the Erdman Act as a whole reveals a more complicated political situation. Section 10 was part of an almost completely ineffective statute that purported to establish a framework for arbitrating railroad labor disputes. That statute was, at best, a mixed bag for labor organizations. The seeming victory in Section 10 was offset by several other provisions that leading labor organizations vigorously opposed. Far from being an attempt to remove the courts from labor disputes, the act included provisions that gave courts new powers to intervene.⁹⁸⁰

O primeiro erro é facilmente desfeito. Começando pelas percepções dos congressistas que mais enfaticamente se pronunciaram sobre o *Erdman Act* no Congresso. Para alguns, como William Sulzer, um Democrata de Nova Iorque, se a lei iria beneficiar o trabalhismo ou ser apenas mais uma “lei morta” dependeria inteiramente do Judiciário.⁹⁸¹ Outros parlamentares eram mais céticos. William Greene e James Lewis viam a lei Erdman como a clássica revolução a lampedusa: tudo aparentemente mudava, para permanecer igual.⁹⁸²

⁹⁷⁹ Idem

⁹⁸⁰ Ibid., pos. 1028-1041.

⁹⁸¹ This bill may benefit organized labor, or it may be like many other laws now on the statute of books – a dead letter. It will depend to a great extent on the courts. We can not tell now just how the courts will construe some of the provisions of this bill, and until that is done no one can tell whether this bill will be in the interest of the workers or not. Rep. William Sulzer (D-NY), on the Erdman Act. (31 Congressional Record 4647) *apud* LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003pos. 996.

⁹⁸² I do not think it really amounts to anything, either for or against labor.... The bill, in other words, is... a species of buncombe. It is a step taken, ostensibly, in the interest of labor, which can neither be benefited nor injured by it. It is easy to get such legislation through, but hard to get any that will really benefit our laboring people. Rep. William L. Greene (Populist-PA), on the Erdman Act (31 Congressional Record 5052).

[T]oo many measures come into this House masked with favor or benefit to the poor, but carrying beneath the surface the iron hand of oppression exerted in behalf of power. Rep. James H. Lewis (D-WA), on the Erdman Act (31 Congressional Record 5051), *apud* LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003 pos. 996-1002 .

No que concerne à votação favorável ao Erdman Act, por mais paradoxal que pareça, as expressivas aprovações tanto na Câmara quanto no Senado demonstram mais o teor altamente compromissório da lei do que uma clara vitória dos movimentos sindicais. Em um Congresso comprometido com o desenvolvimento econômico e com a proteção e expansão das grandes empresas, dificilmente os direitos trabalhistas que agredissem esses valores teriam tão expressiva adesão.

Outras evidências da influência relativamente pequena do movimento trabalhista no legislativo em geral e na elaboração do *Erdman Act* em particular podem ser listadas. O projeto de lei que se tornou o *Erdman Act* foi elaborado por Richard Olney, *Attorney General*⁹⁸³ que não tinha nenhuma simpatia pelo movimento trabalhista. Afinal, ele arquitetou o desmantelamento, com o uso violento da força, da Greve “Pullman” e a perseguição penal do líder trabalhista radical Eugene Debs;⁹⁸⁴ A AFL, já mencionada, era veementemente contrária à lei;⁹⁸⁵ Todos os projetos de lei alternativos propostos ou apoiados pela AFL foram recusados pelo Congresso;⁹⁸⁶ e por fim, muitos dos legisladores envolvidos na elaboração da lei tinham consciência de que as diversas modificações sofridas pelo Estatuto o tornavam praticamente inefetivo e irrelevante,⁹⁸⁷ quase simbólico. Como, afinal, demonstrou ser: uma lei que não surtiu nenhum efeito digno de nota.⁹⁸⁸ Cujo único efeito almejado pelos legisladores era um simbolismo de uma lei “vazia” que seria suficiente para contentar e acalmar os movimentos trabalhistas. Tudo isso demonstrando a fraqueza da influência legislativa desse grupo.

A decisão da Suprema Corte em *Adair* é superestimada por várias razões. Primeiro porque, embora o legislativo não tivesse a expectativa de que a Suprema Corte fosse invalidar a seção 10 da lei, a imagem de que seu conteúdo era parte crucial da lei é extremamente imprecisa. A verdade é que se tratava de um dispositivo periférico do

⁹⁸³ O Attorney General acumula funções típicas do Advogado Geral da União mas também do Procurador Geral da República. O fundamental é perceber que se trata de uma função jurídica de confiança do Presidente da República.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, pos. 1047.

⁹⁸⁵ *Idem*

⁹⁸⁶ “A better indication of labor’s political power was that legislators had collectively refused to pass any of the legislative proposals backed by the AFL, including anticonspiracy and antiinjunction bills that were much higher priorities for labor organizations”. *Ibid.*, pos. 1054.

⁹⁸⁷ Perhaps the most striking feature of the Erdman Act was that it was, in its final form, a complete mess. As the bill moved toward passage, its meaning gradually became obscured by a series of amendments that weakened the language in the arbitration provisions. (...) Many legislators expressed doubts about whether the bill would have any affect (sic) at all. Despite an inability to reach agreement on a coherent bill, many members of Congress did feel compelled to pass something. LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003., pos. 1060.

⁹⁸⁸ *Ibid.*, pos. 1110.

Estatuto, que quase não foi mencionado durante as deliberações no Congresso.⁹⁸⁹ Foi o próprio redator da lei que incluiu essa previsão, com base em uma recomendação de um relatório de uma Comissão sobre greves, mas em geral ela passou despercebida pelos quatro Congressos que deliberaram sobre o projeto de lei.⁹⁹⁰

Talvez pela pouca saliência do dispositivo, esse seja o único dos quatro casos analisados por Lovell em que ele não encontra um empoderamento explícito do legislativo para o Judiciário. Vale dizer, *evidence does not show, for example, that Congress passed Section 10 only to provoke an adverse court ruling that would lead workers to blame judges for ongoing discrimination against unions.*⁹⁹¹ Nesse sentido, não parece ter entrado no cálculo político da elaboração do Erdman Act em geral e da Seção 10 em particular uma atuação específica do Judiciário, pois não há nenhuma evidência que algum membro do Congresso esperava que a Suprema Corte declarasse esse dispositivo inconstitucional como uma violação à liberdade de contratar.⁹⁹²

Embora não tenha ocorrido essa delegação decisória da Seção 10, já havia muitos artigos que criavam competências e espaços de atuação para o Judiciário,⁹⁹³ apesar da clara oposição dos movimentos trabalhistas, que mesmo antes da decisão em *Adair* já percebiam o Judiciário como hostil as suas pretensões e desejavam afastar a competência do Judiciário para supervisionar as organizações trabalhistas.

Os diversos artigos da lei que empoderavam o Judiciário foram (ao contrário da Seção 10) amplamente discutidos na deliberação do projeto de lei, evidenciando que a ampliação do espaço do Judiciário era parte da estratégia do legislativo, já que *“Each of the provisions extending powers to the courts was subjected to discussion and amending*

⁹⁸⁹ Such a focus on Section 10 elevates the significance of that provision in a way that is tremendously misleading. Section 10 was less than peripheral to the political conflicts that animated legislators and labor organizations in 1898. (...) In fact, the provision banning yellow-dog contracts was barely mentioned during public congressional deliberations on the Erdman Act. *Idem.*, pos. 1034.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, pos. 1116-1122.

⁹⁹¹ *Ibid.*, pos. 1034.

⁹⁹² *Ibid.*, pos. 1034-1041.

⁹⁹³ It is important to look (...) at other provisions in the Erdman Act that gave the courts important responsibilities in the new system of arbitration. Each version of Olney's bill, including the final Erdman Act, contained provisions that specifically mentioned the courts and assigned them an important role in carrying out and shaping the meaning of the legislation. Each version included open-ended provisions authorizing the courts to hear suits for liability if workers quit while arbitration is pending (Section 7), to enforce arbitrators' awards after they were issued (Section 3), to compel testimony and production of documents needed for arbitration (Section 5), and to hear appeals of arbitrators' awards (Section 4). LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003. Pos. 1142. (Versão para Kindle).

*activity in Congress, and legislators rejected several alternative provisions establishing clearer limits on the power of judges... ”.*⁹⁹⁴

Ou seja, no *Erdman Act*, o legislativo não empoderou de forma incisiva o Judiciário, pelo menos não com tanta força. Mas o fato de tê-lo feito nas três leis subsequente, e de forma incisiva, nos permite especular até que ponto essa primeira sinalização do Judiciário de que estava disposto a cooperar com um certo grupo de interesses (empregadores e os conglomerados capitalistas) não contribuiu para o seu empoderamento subsequente. Sem dúvida, a decisão em *Adair* inovou em pelo menos dois aspectos doutrinários e jurisprudenciais. O primeiro, a utilização da doutrina da liberdade de contratar para limitar o legislativo federal (até então tal doutrina era aplicada apenas para o legislativo estadual) e, além disso, a restrição do poder do governo federal para regular o comércio interestadual, até então constantemente ampliado, passou a encontrar algumas restrições a partir de *Adair*, com base na ideia de que o legislativo federal só poderia regular aspectos “substanciais” do comércio interestadual, dentre os quais não estaria inserida a relação trabalhista.⁹⁹⁵

Uma sinalização tão clara por parte da Suprema Corte sem dúvida exerceu influência nos processos legislativos futuros, em que os congressistas puderam enxergar com ainda mais clareza o Judiciário como cooperativo no que concernia a enfraquecer os movimentos sindicais. Estatutos vagos e ambíguos ou artigos que empoderassem o Judiciário seriam quase sempre uma opção melhor para os empregadores e empresários. E em como veremos, os legisladores não se furtaram a delegar a decisão final a um órgão previsível e não responsivo democraticamente.

Ainda assim, a sensibilidade da Suprema Corte americana e tão grande que, com os graduais esforços do movimento sindical, mesmo baseado nessas “leis ocas”, eventualmente a Suprema Corte saiu de uma posição absolutamente contrária aos pleitos trabalhistas (*Adair v. United States*. 208 U.S. 161) para reconhecer a constitucionalidade do “Wagner Act”, uma lei de 1935, com o argumento de que a proteção de organizações trabalhistas preservava a “paz industrial” e promovia o crescimento econômico.⁹⁹⁶ Ou

⁹⁹⁴ Ibid. Pos. 1148. (Versão para Kindle).

⁹⁹⁵ Para uma descrição mais detalhada ver LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003 Pos. 1078-1091. (Versão para Kindle).

⁹⁹⁶ One sign of the progress that was made is that the same trade-off that Harlan rejected in *Adair* was embraced by the Supreme Court three decades later. The Supreme Court defended the constitutionality of the Wagner Act of 1935 by repeatedly interpreting the law as an effort by Congress to preserve industrial peace and promote economic growth by protecting labor organizations and collective bargaining (Klare 1978, 281-93, 325-39). (...) The processes that made such shifts possible must be understood in terms of the

seja, soube de certa forma, equilibrar o antagonismo aos trabalhadores com uma decisão que os agradou e permitiu a ela manter um certo grau de capital institucional perante esse grupo, mantendo a narrativa geral de enfraquecimento desses movimentos.

O que importa perceber como esse processo é consistente com algumas das explicações que demos para a expansão de poder do judiciário: (i) o seguro das elites; (ii) transferência de questões divisivas; (iii) a posição privilegiada do Judiciário;⁹⁹⁷ e (iv) a força do direito como mantenedor do *status quo*. Além disso, demonstra como a ambiguidade legislativa pode ser um mecanismo sutil de empoderamento das Cortes.

A forma como os atores constitucionais, notadamente o legislativo e os grupos de interesse empoderaram a Suprema Corte para dismantelar o movimento trabalhista exemplifica a dinâmica da separação de poderes e da atuação cooperativa do Judiciário, e resume nossa narrativa sobre a evolução do Judiciário americano.

Muitos outros exemplos poderiam ser dados além desses. Contudo, acreditamos que os casos apresentados ao longo deste trabalho são suficientes para exemplificar a curva de ascensão de poder da Suprema Corte americana, que acumulou capital institucional em constantes atuações cooperativas e majoritárias, a ponto de hoje ter amplo apoio difuso dos diversos atores que a empoderam. Na quadra atual, a sua quota de decisões contramajoritárias é grande, e a Corte sabe disso:

The modern Court has considerably more latitude to depart from “majoritarian preferences,” however defined, and the Court knows it. For prudential reasons, the Court might conclude that it is healthier for the country if particularly explosive cultural issues are handled legislatively or in the state courts – same-sex marriage might be a test case of this proposition – but that would not be because the Court feared it would be institutionally self-destructive for the Court to engage the issue.⁹⁹⁸

AFL’s tireless efforts to use lobbying and legislation, even “failed” legislation, to change public and judicial attitudes toward workers’ organizations and collective activities. LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003., pos. 985-991.

⁹⁹⁷ “The existence of some informative judicial review induces the Legislature to take chances with legislation that, without judicial review, it would not take. The Legislature enacts more and “riskier” legislation than it would without judicial review. Importantly, however, the Legislature’s risk-taking behavior leaves society better off because the Court strikes down the risky legislation only when the “bad” contingency is realized, but sustains it when the “good” contingency is realized. The Court’s informational advantage induces the Legislature to experiment with riskier legislation that without judicial review (or without informative review), it would not enact”. ROGERS, J. *Information and judicial review*. pp. 9495. A proposta de Rogers é fazer um modelo que não considera aspectos políticos específicos. A sua referência a boas e más contingências são valorações apenas do ponto de vista da informação vis-a-vis a vontade do legislador e os efeitos efetivamente alcançados. Em Lovell, poder-se-ia considerar que a “boa” contingência e a “má” seriam valorações de cunho eminentemente político. A “boa” contingência – manter a norma - seria portanto uma regra que beneficiasse os empregadores, e a “má” – derrubar a norma – que beneficiasse os empregados.

⁹⁹⁸ PILDES, Richard H. *Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution?* Op. cit., p. 43.

3.6 O STF: da transição democrática aos dias atuais

O Supremo Tribunal Federal é fundamental em nosso estudo. As razões são várias, mas a principal talvez seja a percepção de que a história do empoderamento do STF desde a transição democrática até os dias atuais é extremamente ilustrativa dos pontos tratados neste estudo. Não apenas pela riqueza de maneiras utilizadas pelos diversos atores constitucionais para expandir o poder judicial, como também pelo fato de que em maior ou menor grau os principais motivos para empoderar o Judiciário estiveram presentes no contexto de desenvolvimento do STF. Por fim, essa evolução foi gradual e se encaixa perfeitamente no modelo de evolução que apresentamos do “*low equilibrium judicial review*” para o “*high equilibrium judicial review*”. Passemos a esse histórico.

A história do STF na transição do regime militar para a redemocratização é paradoxal. Tendo tido a sua autonomia revogada por sucessivos atos institucionais (ver capítulo 1), o Supremo se tornou um peão da ditadura. A absoluta confiança do governo no STF após esse processo de supressão da sua independência acabou por expandir as competências da mais alta corte do país. Na síntese de Koerner:

Durante o regime militar, foram centralizadas no STF atribuições de controle de constitucionalidade, interpretação de leis em tese, supervisão das decisões judiciais e disciplina dos juízes. O papel do STF no controle de constitucionalidade tinha como ponto cego os atos de exceção, excluídos de qualquer exame pelo Judiciário. O monopólio do procurador-geral da República – um cargo de confiança do presidente da República – para o acesso a ações constitucionais originárias no STF permitia controlar a agenda e bloquear questões impertinentes. Embora apenas uma pesquisa detalhada possa revelar os contornos de seu exercício, as características gerais parecem ser: **o regime jurisprudencial do controle da constitucionalidade era convergente com o regime governamental autoritário** e desenvolvimentista no que se definia sem rigor em conceitos e doutrinas do normativismo sobre o controle formal, exercido com baixa frequência e intensidade. O STF reconhecia os limites dos atos de exceção que lhe eram excluídos, realizava o controle mínimo dos atos normativos do presidente da República e o exame mais rigoroso de normas de outros entes constitucionais para determinar sua conformidade com os arranjos institucionais e objetivos governamentais do regime. Por sua vez, havia rarefação do controle nos casos de proteção de direitos.⁹⁹⁹

Em outras palavras, o STF, depois da ampliação para 16 membros e a cassação dos Ministros mais independentes, se tornou um veículo de execução dos “*objetivos governamentais do regime*”. Essa atuação absolutamente cooperativa – na verdade, subserviente – garantiu a sobrevivência do STF. Mas não apenas a sobrevivência. Duas

⁹⁹⁹ KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. Op. cit., p. 80.

razões que explicam o fortalecimento do Judiciário estavam nitidamente presentes nesse momento: tanto como ponto de veto a iniciativas de dissidentes do regime quanto como mecanismo de superação dos obstáculos impostos por aqueles que resistiam. O Supremo foi empoderado com esses propósitos pelo Poder Executivo, e, com a cooperação, não apenas sobreviveu como expandiu sua força enquanto instituição.

Essa sintonia se tornou tão natural, que a percepção dos conservadores de alinhamento do tribunal com seus interesses serviu como pano de fundo para a sua defesa política da manutenção de um STF forte na ordem constitucional pós-88. Mas nesse segundo momento, a motivação para o empoderamento, ou, no caso, para a manutenção do poder do STF passa a ter outra razão: a preservação hegemônica, explicada por Hirschl como a teoria do seguro.¹⁰⁰⁰

O STF teve participação ativa na assembleia constituinte. Como colocam Koerner e Ligia Freitas, o Supremo foi ao mesmo tempo, produtor e produto desse processo constitucional,¹⁰⁰¹ e grande parte do desenvolvimento institucional do STF na CF/88 se deu pelo empoderamento de um grupo conservador – os militares e a sua base política de sustentação - que buscou no Judiciário um seguro contra a perda inevitável de poder com a redemocratização.

A Assembleia Constituinte brasileira foi um momento de rara convergência democrática e participação política na história brasileira. Há um consenso entre os estudiosos brasileiros de que o produto dessa transição para democracia foi uma Constituição compromissória, prolixa, em que todos tentaram deixar a sua marca. Havia muita esperança, e muito pouca certeza. Nada mais representativo dessa incerteza política do que a primeira eleição democrática para Presidente da República, em que concorreram no primeiro turno candidatos representativos de todo o cardápio jurídico, desde a extrema direita até a extrema esquerda. O segundo turno foi disputado por um ex- sindicalista e um político desconhecido.

Esse é o típico cenário de incertezas e dúvidas em que as elites hegemônicas transferem poder para o Judiciário para garantir algum tipo de manutenção do *status quo*. Além desse seguro, o momento impedia que uma única ideologia prevalecesse na constituinte, fazendo com que virtualmente todas as questões fossem divisivas (desde o

¹⁰⁰⁰ Ver o capítulo II.

¹⁰⁰¹ A percepção de que o design institucional do STF pós-88 não foi apenas uma decorrência (ou “produto”) da Assembleia Constituinte, mas também decorreu da atuação do Supremo como “produtor” da Constituição foi feita por André Koerner e Lígia Barros de Freitas: *O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo*, Lua Nova, São Paulo, 88: 141-184, 2013.

modelo socioeconômico que deveria prevalecer: liberalismo ou socialismo; até o regime de governo: presidencialismo, parlamentarismo ou monarquia), criando impasses cujas resoluções precisaram ser adiadas. A própria constituição adotou mecanismos de adiamento de decisões como a revisão de 1993. Mas em alguns casos, delegou a decisão ao Judiciário. Esse é mais um cenário típico de empoderamento das cortes. Justamente por isso, segundo Hirschl, Portugal e Espanha expandiram bastante o Judiciário em suas Constituições, mas a Grécia, por outro lado, não o fez.¹⁰⁰²

Em suma, todas essas contingências conspiraram para dar ao STF uma posição institucional inicial na CF/88 privilegiada.¹⁰⁰³

Mas, como vimos no caso Russo, essa posição institucional inicial poderia facilmente ter se convertido em uma rápida deterioração de poder caso o Supremo não tivesse administrado de forma suave e politicamente inteligente a sua posição de “*low equilibrium judicial review*”.

Contudo, o STF soube atuar de forma moderada e proferindo decisões que agradaram os grupos políticos que o davam sustentação nos primeiros 15/20 anos pós Constituição de 1988, e com isso, acumulou ainda mais poder/capital institucional. Se essa atuação em prol do seu aumento de poder foi consciente, ou decorreu em grande medida pelo fato dos Ministros do regime anterior terem sido mantidos,¹⁰⁰⁴ ou se foi em decorrência dessas duas forças, nós nunca saberemos.

¹⁰⁰² Likewise, the transition to democracy in Spain and Portugal in the mid-1970s was characterized by lack of a single core of post-authoritarian political power, thereby leading to the rapid adoption of strong constitutional review mechanisms. In Greece, by contrast, the post-authoritarian constituent process was dominated by a single party (Constantine Karamanlis’ New Democracy), which enjoyed over 70 percent of seats in the assembly, and did not have to worry about elections following the approval of the new constitution. “The result was that Greece, with similar authoritarian and civil law legacies as Spain and Portugal, and involved in an almost simultaneous democratic transition, remained the only Southern European democracy without constitutional review of legislation.”. HIRSCHL, Ran, “The Political Origins of the New Constitutionalism.”, op. cit., p. 88.

¹⁰⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Op. cit., pp. 8-9. Uma observação final relevante dentro deste tópico. No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. (Grifo nosso).

¹⁰⁰⁴ KOERNER, A. Ativismo Judicial? Op. cit., p. 81. No governo Sarney e nos dois mandatos de Fernando Henrique mantiveram-se no STF ministros nomeados pelos militares e a maioria dos novos integrantes eram alinhados ao liberalismo institucional. Assim, até o início do governo Lula, apenas três ministros – Sepúlveda Pertence, Maurício Corrêa e Nelson Jobim – haviam participado ativamente da luta pela democratização.

No entanto, logo nos primeiros anos da nova democracia o Supremo construiu uma jurisprudência defensiva, que evitava enfrentar questões que pudessem colocá-lo em rota de colisão com o passado recente ou que o tornassem demasiadamente progressista. Alguns exemplos são: (i) o não cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) para questionar validade de ato editado antes da vigência da Carta de 1988. Essa questão, conhecida como fenômeno da não recepção, foi expressamente definida em questão de ordem na ADI nº 7 (ADIQO-7/DF) já em 1992;¹⁰⁰⁵ (ii) exigência de pertinência temática para alguns legitimados à propositura de ADI, restringindo as possibilidades de representação de confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, conforme os seguintes precedentes de 1993: ADI 202/BA, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 02.04.1993, p. 5612, ADI 159/PA, Rel. Octavio Gallotti, DJ de 02.04.1993, DJ 02.04.1993, dentre outros; (iii) a definição de efeitos meramente declaratórios para o Mandado de Injunção, evitando dar-lhe efeitos concretos, conforme o precedente MI 107/DF, de 21.11.90, Rel. Moreira Alves, DJ 02.08.1991; e, por fim, a ausência de mora legislativa quando houver processo legislativo instaurado.

Todos esses exemplos indicam a pouca disposição do STF de atuar de forma ativista.¹⁰⁰⁶ Na verdade, a sua atuação no período é marcada pela seletividade e heterogeneidade, à luz de um contexto de instabilidade política e crise econômica. O Supremo compreendeu, ainda que intuitivamente a sua posição e limitou o alcance da sua atuação, mais tímida do que a Constituição parecia exigir. Como foi dito, a presença de Ministros do regime anterior foi fundamental para esse processo de estabilização democrática e consolidação do novo contexto do exercício do poder judicial, sobretudo no que tocava ao controle de constitucionalidade. Como conclui Koerner, “*o STF combinou efetivação e neutralização de regras constitucionais segundo os domínios e o seu sentido estratégico para a direção política do governo federal*”.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁵ ADIQO-7/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.09.1992, p. 14087. A ementa tem o seguinte teor: “EMENTA. Ação Direta de Inconstitucionalidade – Impugnação de ato estatal editado anteriormente a vigência da CF/88 – inconstitucionalidade superveniente – inocorrência – hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção – impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato – Ação Direta não conhecida.”

¹⁰⁰⁶ KOERNER, A. *Ativismo Judicial?* Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. p. 75. As teses sobre a judicialização no Brasil enfrentaram desde cedo evidências contrárias, pois a atuação do STF não correspondia às potencialidades intervencionistas inferidas da letra do texto constitucional. Os ministros definiram de modo muito restritivo os processos constitucionais criados pela Constituição de 1988 e eram seletivos no uso dos seus poderes. Assim, a caracterização do STF como ativista era discutível e se evidenciava a heterogeneidade de suas decisões.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, p. 81.

De fato, como nota Diane Kapiszewski, a Suprema Corte brasileira adotou uma postura de acomodação com o governo federal, criando um ciclo virtuoso de ampliação do seu apoio e de sentimento de que suas decisões eram constantemente obedecidas.¹⁰⁰⁸

Kapiszewski analisa uma série de decisões e conclui que na grande maioria o Supremo adotou uma visão pragmática, juridicamente fundamentada, com resultados interessantes para o governo. De 1985 a 2004, a autora analisou 20 casos, dentre os quais, a questão da limitação de juros referida no art. 192; a constitucionalidade da COFINS; a privatização da Vale do Rio Doce, em 1997; a fórmula para cálculo das pensões de aposentadorias, em 2000; a privatização do BANESPA, também em 2000, e a lei de responsabilidade fiscal, em 2007. Em todos eles, o padrão se repetiu: cooperação e expansão do apoio difuso da Corte.¹⁰⁰⁹ Uma das mais paradigmáticas decisões desse período disse respeito à Medida Provisória nº 168, de 16 de março de 1990, estabelecendo o “Plano Collor” e congelando os recursos financeiros acima do teto que estabelecia. Além das diversas ações propostas na Justiça Federal, foi proposta ADI pelo PDT impugnando a referida MP. Em sede cautelar, o Supremo evitou o confronto com o presidente e se omitiu. Posteriormente, ao julgar o mérito da ação, entendeu-a prejudicada em função da conversão da medida provisória na Lei nº 8.024, de 12.04.1990.

Essa atuação cooperativa com o governo federal foi marcada por evidentes expansões das competências do STF, como por exemplo, a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, inserida em um contexto de política de Estado, racionalizando a prestação da Justiça e vinculando o Judiciário a essa declaração. Na prática, esse novo instrumento serviu para, por exemplo, declarar constitucional a MP nº 2.152-2, de 01.06.2001 (MP do “apagão”), que estabeleceu diretrizes para o enfrentamento da crise de energia elétrica e fixou metas de consumo, com potencial de contestação por todos os consumidores. A ADC nº 9 de 2001 foi protocolada em 11.6.2001, apenas dez dias depois da edição da referida MP, o que parece ser um indício de que a propositura dessa Ação estava nos planos do Executivo desde o início.

Por outro lado, o Supremo também cooperou com o governo federal contribuindo para a consolidação do Federalismo – já historicamente forte. A autonomia teórica dos entes federados foi diminuída por princípios como o da simetria, que, embora não esteja

¹⁰⁰⁸ KAPISZEWSKI, Diana. *Economic Governance on Trial: High Courts and Elected Leaders in Argentina and Brazil*, *Latin American Politics and Society*. Op. cit., p. 63.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, pp. 52-53.

escrito na Constituição, é utilizado pelo Supremo ora para conceder aos Estados certas possibilidades normativas, ora para restringir a sua liberdade.¹⁰¹⁰ Essa atuação marcadamente favorável ao poder federal se assemelha, *cum grano salis*, ao comportamento da Suprema Corte americana durante o século XIX e permite ao Judiciário acumular ainda mais capital institucional perante o executivo e o legislativo federal.

Depois do longo histórico de cooperação com forças primeiro de centro-direita e com a coalizão neoliberal, a expectativa poderia ser de que o realinhamento de forças a partir da eleição de Lula em 2002 comprometesse o desenvolvimento institucional do STF e do Judiciário. Mas aconteceu justamente o inverso. O governo Lula se aproximou do Judiciário, tornando-o cooperativo com sua visão política. Em parte porque o PT e sua coalizão já tinham experimentado um pequeno sucesso na utilização do STF como ponto de veto às reformas neoliberais, porque suas bases no Congresso não eram tão sólidas, exigindo a busca por novos canais que pudessem superar pontos de veto, mas também em razão da percepção de que a Constituição tinha amplo espaço para a concretização de um projeto social mais a esquerda.¹⁰¹¹

Aliado a esse estímulo externo, o Supremo sofreu um processo de renovação grande depois de 2003. Com mais esse estímulo interno, aumentavam os incentivos para empoderar o Judiciário. A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, foi parte importante desse processo, por ter tornado mais diversificados os instrumentos para o controle de constitucionalidade, e por ter permitido uma atuação mais incisiva do tribunal.

O Supremo Tribunal Federal passou a atuar de forma consistente com a teoria da superação de obstáculos, desbloqueando questões controversas na sociedade.¹⁰¹² Nesse sentido, podemos ressaltar o julgamento, em maio de 2011, da ADI 4277 e da ADPF 132, reconhecendo, por unanimidade, a união estável para casais do mesmo sexo, decisão que

¹⁰¹⁰ Cite-se, exemplificativamente, um caso em que o Princípio da Simetria foi utilizado para conceder aos Estados a possibilidade de prever em seus ordenamentos o instituto da Reclamação: ADI 2212/CE, Rel. Min. Ellen Gracie, 02.10.2003.

¹⁰¹¹ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Op. cit. pp. 81/82. As eleições presidenciais de 2002 resultaram em realinhamento partidário, com a alteração da coalizão no governo. O novo governo estava em oposição ao regime governamental existente e sua proposta era modificá-lo. Contava com apoio frágil no Congresso, a presença de elites comprometidas com a coalizão derrotada no aparelho de Estado e poderia enfrentar riscos de invasão de suas prerrogativas pelos opositores. Dada a sua baixa capacidade de modificar pela via congressual a estrutura jurídica do regime governamental existente, o novo governo investiu em outras frentes.

¹⁰¹² Idem., p. 96

não chega a ser contramajoritária, segundo pesquisas recentes,¹⁰¹³ mas que é resistida por grupos de interesse bem articulados na sociedade.

Outra decisão que acabou se alinhando com a posição do governo foi a ADPF nº 54, que garantiu, no Brasil, a interrupção de gestação de feto anencéfalo. Apesar da questão do aborto ser divisiva, por diversas questões sóciopolíticas que não temos condições de aprofundar, temos a percepção de que a maioria da população é contrária à legalização de qualquer hipótese de aborto. E embora o partido que controla o Poder Executivo Federal tenha como uma de suas diretrizes a promoção da liberdade reprodutiva da mulher, o governo evita investidas mais assertivas nessa direção por antecipar a clara perda de capital institucional. O Congresso Nacional não parece ter uma posição suficientemente clara para um lado ou outro, embora nossa intuição seja de que ele parece se inclinar para a posição contrária ao aborto. A falta de clareza também aqui decorre do fato de que muitos parlamentares evitam um posicionamento claro sobre o tema.

Há setores que apoiam a liberdade da mulher. O Poder Executivo, como já dissemos, o Ministério Público Federal, na posição assumida pelo Procurador-Geral da República à época do julgamento da ADPF 54, Roberto Gurgel, e grupos e organizações da sociedade civil, como a OAB e ONGs feministas. Ainda assim, acreditamos que a posição contrária ao aborto prevalece na sociedade brasileira, sobretudo em regiões mais pobres ou em grupos cuja influência religiosa é grande. Em suma, de um lado, ativistas de direitos humanos, organizações da sociedade civil que lutam pela igualdade de gênero, o poder executivo federal, o MPF, na posição do seu então Procurador-geral, e alguns parlamentares. Do outro lado, a grande maioria da população brasileira, a bancada evangélica no Congresso, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e outros grupos religiosos.

Em nossa percepção, embora a decisão do STF tenha sido contramajoritária, consumindo parte do capital institucional da Corte, ela foi acertada e coerente com a forma legítima de gasto do seu capital institucional, na medida em que protegeu da interferência da maioria um grupo sub-representado politicamente: mulheres pobres.

Para além dessa atuação que se encaixa tanto na delegação de questões divisivas quanto na teoria da superação de obstáculos, outra seara em que o Supremo entrou de forma coerente com essa última teoria foi a eleitoral. A necessidade de aprovar uma lei como a ficha limpa – contra a qual nenhum parlamentar poderia se opor sem altos custos

¹⁰¹³ Com efeito, em pesquisas recentes, 60% dos brasileiros responderam afirmativamente à pergunta: “a sociedade deveria aceitar a homossexualidade?” (Fonte: O Globo, Domingo, 16.2.2014, p. 43).

eleitorais, na medida em que foi fruto de ampla mobilização popular – levou o Congresso a aprovar uma lei com amplas delegações para o Judiciário, inclusive pela confiança na manutenção da jurisprudência dominante que limitava a incidência das novas regras.¹⁰¹⁴

Contudo, desde 2002, o Supremo e o Tribunal Superior Eleitoral têm atuado de forma bastante direta na seara eleitoral, impactando de forma substantiva as eleições recentes.¹⁰¹⁵

Por fim, a Ação Penal 470 (“Mensalão”) consolidou o ciclo de evolução da posição do STF, que certamente já não atua mais em “*low equilibrium*”, na medida em que possui autoridade suficiente para condenar e fazer cumprir membros importantes do partido que ocupa o Poder Executivo. Tais condenações, ainda que possam ser juridicamente contestáveis, parecem ter avançado o apoio difuso da Corte. Nossa intuição é que intimamente os brasileiros apoiam mais o movimento “lei e ordem” do que o rejeitam, e, nesse sentido, alçaram o Judiciário, pelo menos no que concerne à mídia e a opinião pública, a uma posição de relevo nas instituições públicas,¹⁰¹⁶ concedendo a ele mais capital institucional. Registre-se que essa constatação não leva em consideração aspectos normativos sobre a decisão – notadamente se ela foi boa ou ruim à luz de critérios de justiça, por exemplo.

Em suma, até o momento, o STF tem explorado muito bem o seu capital institucional. Como falamos, mesmo diante de uma grande quantidade de poderes atribuídos pela CF/88, o Supremo soube atuar de forma lenta e gradual, acumulando progressivamente seu capital institucional, cooperando com o poder executivo federal e com grupos de interesse econômicos que queriam realizar as reformas neoliberais.

Quando já se faziam presentes os primeiros sinais de consolidação da democracia e da estabilização econômica e institucional, o Supremo foi visto como parte desse processo e empoderado sensivelmente. Na sequência, a Corte se aliou à esquerda progressiva e a elites jurídicas,¹⁰¹⁷ sobretudo no que diz respeito a questões morais divisivas, como a união homoafetiva e o aborto. E, para deixar ainda mais evidente a sua independência, processou e condenou membros do partido que integra essa esquerda progressiva, o Partido dos Trabalhadores.

¹⁰¹⁴ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Op. cit. pp. 84.

¹⁰¹⁵ Idem.

¹⁰¹⁶ Um forte indício de que o Supremo foi alçado a uma posição de proeminência no imaginário popular foram as máscaras do Ministro Joaquim Barbosa, feitas para o carnaval deste ano.

¹⁰¹⁷ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. Op. cit. pp. 85.

Em um ciclo que tem pouco mais de 25 anos, o STF já cooperou com os militares, com os neoliberais, com o governo federal, com elites que nutrem simpatia por posições de esquerda, bem como com as organizações não governamentais que apoiam o combate à corrupção. Sem antagonizar de forma reiterada nenhum grupo, a Corte nutre um sentimento de atuação pautada em critérios puramente jurídicos, o que acaba ampliando ainda mais seu capital institucional.

Mesmo com esse histórico bem sucedido do ponto de vista do acúmulo de capital institucional, a assunção para si do papel de Guardião da Constituição sem considerações específicas sobre o gasto desse capital pode ainda levar o Supremo à derrocada. A quota de decisões contramajoritárias é uma realidade inexorável, e precisa ser sempre parte do raciocínio jurídico, sob pena de exaurir o capital institucional e retirar a sustentação política da Corte, como bem percebeu Koerner:

[p]arece haver tensões nessa relação, pois com a orientação jurisprudencial mais recente o STF se coloca no papel de guardião e promotor das virtudes republicanas, redefine seu modo de atuação no regime governamental, contrariando lideranças políticas, não só do governo, mas da oposição. As técnicas e os modelos de decisão utilizados pelo STF em sentido progressista poderão ser revertidos em outras direções. O próprio protagonismo do Tribunal poderá perder sustentação política e se desencadear uma dinâmica de conflitos e represálias entre ministros e líderes políticos.¹⁰¹⁸

3.7 Conclusão

Este terceiro capítulo se propôs a fazer a síntese dos dois anteriores. No primeiro, demonstramos porque o Judiciário é, tanto na teoria quanto na prática, o mais frágil dos poderes. O segundo se contrapôs ao primeiro e analisou como as Cortes podem ser alçadas a posições fortes no equilíbrio da separação de poderes. Entre esses dois extremos, situam-se as diversas experiências constitucionais pelo mundo. E a métrica que permite avaliar essa flutuação é o capital institucional.

Para chegar a sua definição, fizemos uma rápida incursão no significado do poder, e concluímos que ele precisa de bens, instrumentos ou recursos para ser exercido, e o capital institucional nada mais é do que um subconjunto – que integra o capital político - de bens das instituições políticas, composto pela popularidade, prestígio, legitimidade, reputação, dentre outros, que viabilizam o exercício de poder. O executivo e o legislativo possuem, além do capital institucional, outros instrumentos para esse exercício: o primeiro

¹⁰¹⁸ KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. Op. cit., p. 84.

conta com o exército ou a força, o segundo com a riqueza ou o dinheiro. O Judiciário, institucionalmente mais frágil, conta apenas com seu capital institucional.

Por ser seu único recurso para exercer poder, o Judiciário precisa compreender de que forma o estoque desse bem aumenta ou diminui: essa é a natureza dinâmica do capital institucional, que pressupõe ainda a natureza quantitativa dessa métrica.

Voltando às ações ou comportamentos que expandem ou reduzem esse capital, informamos que se trata de uma correlação difícil de ser auferida, em razão de ser uma análise sociopolítica que envolve considerações de vários tipos. Apesar dessa dificuldade, há razoável consenso de que existe uma correlação direta entre a percepção positiva/negativa que os atores constitucionais têm das decisões da corte e o aumento/diminuição do capital institucional. E a concordância/discordância em relação a uma decisão é o mais importante elemento de variação do capital institucional

Compreender que o resultado prático de uma decisão impacta na variação desse capital já é muita coisa. Mas não é suficiente. Há que se entender como esse impacto acontece e, para fazê-lo, foram propostas duas classificações para as decisões judiciais.

A primeira leva em consideração a quantidade de agentes constitucionais que desejam o mesmo resultado e divide as decisões judiciais em totalmente majoritária/contramajoritária, fortemente majoritária/contramajoritária, e moderadamente majoritária/contramajoritária. A proposta de “graus” de majoritariedade permite que se mitigue a dificuldade de auferir – tanto na teoria quanto na prática – o conceito de majoritário. E mais do que isso, a majoritariedade/contramajoritariedade se refere ao número de atores que apoiam ou se opõem a uma decisão, e apenas subsidiariamente ao número de pessoas que o fazem.

A segunda classificação considera a saliência do tema e a intensidade da concordância/discordância, e divide as decisões em ordinárias e extraordinárias. Há duas razões que fazem essa classificação fundamental. Primeiro, decisões ordinárias ou pouco salientes são oportunidades para o Judiciário reafirmar sua competência para exercer o controle, sem gastar o seu capital, no que Jesse Choper chamou de “teoria do crescimento constante do capital” (*Theory of Constant Growth of Capital*),¹⁰¹⁹ segundo, a intensidade da contrariedade/concordância impacta na variação do capital institucional. Uma decisão fortemente majoritária que trate de um assunto muito extraordinário com uma minoria intensamente opositora do resultado irá ser mais custosa do que uma decisão menos

¹⁰¹⁹ CHOPER, Jesse H. *Judicial Review and the National Political Process*. Op. cit., p. 162.

majoritária que não gere tanta oposição. Por essa razão, o controle de constitucionalidade bem sucedido não é apenas cooperativo, é também acomodativo.

As duas classificações se conjugam, como acabamos de ver, para estabelecer algumas balizas: o gasto de capital institucional será tão maior quanto mais contramajoritária e extraordinária for a decisão, ao passo que decisões extremamente majoritárias em assuntos pouco salientes afirmam o poder da corte e aumentam seu estoque de capital no mais alto nível.

Com todas essas relações causais em mente, chegamos à conclusão que todos os judiciários precisam saber administrar o seu estoque de capital institucional, que se desgasta mais quanto mais contramajoritária e saliente for uma questão. Por essa razão, sugerimos a “quota de decisões contramajoritárias”, que representa o limite do poder judicial em um dado momento. Essa quota aumenta ou diminui conforme o capital institucional aumente ou diminua. Mas ela não se relaciona apenas com a quantidade de capital, mas também com o custo dessa capital na decisão. Uma única decisão (*Dred Scott*) pode ser suficiente para exaurir esse capital.

Todo esse empreendimento teve o objetivo de demonstrar que, embora a necessidade das Cortes cooperarem seja uma verdade inexorável, ela não é absoluta. Nem em quantidade nem em qualidade. Há espaço para uma atuação contramajoritária. Ou melhor, pode haver esse espaço para uma atuação que contrarie a vontade imediata de alguns atores constitucionais, que consentirão com a decisão sem necessariamente colocar em risco a independência judicial. Mas esse espaço é limitado, e por definição gastará o poder ou capital institucional do Judiciário. No limite, o gasto excessivo ou sem qualidade dessa força contramajoritária ameaça a independência judicial, e, em alguns casos, virtualmente a aniquila. Essa aparente contradição entre a necessidade de ser cooperativo e a vontade de ser – às vezes - contramajoritário é absolutamente natural. Equilibrar receitas e despesas é a base de uma vida bem sucedida, seja em uma empresa, no núcleo familiar, ou no Judiciário.

CONCLUSÃO

O capital institucional como critério quantitativo de avaliação das decisões das Cortes Constitucionais

Este trabalho teve como objetivo central compreender de forma mais detalhada a posição do poder judiciário na separação de poderes. A análise descritiva do Judiciário nos permitiu visualizá-lo como um poder que nasceu essencialmente fraco, mas que, ao longo do tempo, viu muitos atores, por muitas razões, transferirem poder a ele. Com um detalhe: Não existe almoço grátis, e esse poder concedido tem um preço e é dinâmico.

O preço cobrado é a atuação cooperativa exigida das Cortes pelos demais atores constitucionais, sejam eles o presidente, o legislativo, a opinião pública ou grupos de interesse. Denominamos capital institucional o conjunto de bens – popularidade, prestígio, legitimidade, reputação, dentre outros – que o Judiciário acumula quando coopera e que perde quando antagoniza.

A compreensão do capital institucional permite a superação de análises binárias simplistas, que levam as Cortes da total falta de poder à supremacia judicial. Quanto maior o capital institucional, maior a capacidade do judiciário de atuar de forma contramajoritária, aproximando-o de uma posição “suprema”. Por outro lado, quanto menor for esse capital, menor será a sua capacidade de contrariar os interessados na decisão.

Em um trabalho que refletiu sobre o papel normativo das instituições no constitucionalismo democrático, Conrado Hubner diagnosticou que a legitimidade política é um predicado institucional, contextual, comparativo e volátil, “*que dependerá, em parte, dos resultados, e não somente das credenciais prévias. É uma meta a ser conquistada e conservada, a cada decisão*”¹⁰²⁰ Ainda segundo ele, “*Esboçar uma escala de critérios qualitativos que permitem mensurá-lo é, nesse sentido, uma tarefa fundamental da teoria democrática.*”¹⁰²¹

¹⁰²⁰ MENDES, C. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Op. cit. p. 213.

¹⁰²¹ Idem.

Dentro do paradigma normativo, sua preocupação foi esboçar uma escala de critérios qualitativos para mensurar a legitimidade. Nosso trabalho teve objetivo semelhante ao dele, à luz do marco teórico descritivo. Não estamos elaborando critérios para mensurar qualitativamente a legitimidade sob o prisma normativo, mas os conceitos de capital institucional e de quota de decisões contramajoritárias têm o propósito de esboçar um critério quantitativo para mensurar o uso do poder, e, em última análise, contribuir para analisar a legitimidade – apoio difuso - sob o prisma empírico.

O capital institucional é o caminho para essa análise quantitativa do uso do poder nas decisões judiciais. Entre a irrelevância e a supremacia do Judiciário flutua o capital institucional, que justamente por esse caráter dinâmico, pode se exaurir. Em outras palavras, trata-se de um recurso fundamental para o exercício do poder, que é, por natureza, escasso.

Compreender isso já é muito. As teorias normativas em geral exigem do guardião entrincheirado a defesa da Constituição, dos direitos fundamentais à dignidade humana, sem perguntar se ele está pronto para isso. Ou seja, assumem como premissa que o capital institucional é ilimitado. Perceber que existe um limite, ou uma quota, de decisões em que o Judiciário pode atuar como a teoria normativa exige é um exercício de humildade e de reflexão, e que, em nossa opinião, sugere duas coisas: um diagnóstico e uma ferramenta.

Quanto ao diagnóstico, exige que se admita que o Judiciário não é e nem pode ser o salvador. A salvação só existe na política.

Quanto à ferramenta, trata-se de uma nova camada de avaliação das decisões das cortes constitucionais, que pergunta se o capital institucional foi bem gasto. Não basta avaliar se o Judiciário foi aderente ao direito, mas também se ele empregou bem seus recursos limitados. Sempre que analisarmos as decisões de Cortes Constitucionais à luz do uso de seu capital institucional, estaremos reconduzindo nossas expectativas normativas ao contexto empírico, e, com isso, caminhamos para uma teoria política da jurisdição, que não abandona as pretensões normativas, mas antes as adequa à realidade subjacente. O importante deixa de ser avaliar se a Corte deve ser autorrestrita ou ativista em tese, mas sim de que forma a Corte emprega o seu capital institucional, e em que situações ela deve acumulá-lo ou gastá-lo.

Ou seja, a avaliação normativa de uma decisão judicial – se ela foi “boa” ou “ruim” à luz da Teoria Constitucional – passa necessariamente a contar com mais esse aspecto. A aderência ao direito e o custo institucional da decisão devem ser avaliadas em

conjunto, e a Teoria Constitucional deve se preocupar em responder quais gastos do capital institucional são ou não são legítimos.

Temos uma intuição sobre o assunto. Entendemos que o gasto do capital institucional será tão mais legítimo quanto mais proteger ou promover uma minoria alijada do processo político majoritário. Assim, se a Corte gasta seu capital institucional para proteger presos, ou pobres ou minorias religiosas, ela estará se legitimando normativamente. Por outro lado, se a Corte atua de forma contramajoritária para proteger grupos de interesse super-representados nas arenas políticas, esse será um exemplo de uso ruim do capital institucional do judiciário, desde que essa proteção “corporativa” gaste o poder do Judiciário. Se, ao revés, dela resultar o acúmulo de capital institucional, então pode ser que haja uma justificativa à luz da teoria do capital institucional.

Nosso estudo, contudo, teve o propósito de contribuir no avanço de uma teoria política da jurisdição, e, para isso, focou em demonstrar a importância da incorporação da métrica de análise quantitativa de poder – capital institucional - ao raciocínio jurídico e à avaliação das decisões de Cortes Constitucionais, sem detalhar as formas como o emprego do capital institucional do Judiciário o legitimam normativamente. Em outras palavras, o objetivo foi evidenciar que a qualidade normativa da decisão judicial – mencionada por Hubner – depende também da quantidade de poder empregado na sua realização.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of the Presidential Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BARNES, Jeb. *Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary court-Congress relations*. Stanford: Stanford University Press, 2004.
- _____. Bringing the Courts Back Interbranch Perspectives on the Role of Courts in American Politics and Policy Making. *Annual Review of Political Science*, [S.l.], v.10, p. 25-43, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2009.
- _____. *O Controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. [S.l.: s.n., 2014]. Texto preparado como apontamentos para uma apresentação oral seguida de debate com o Professor Alexy.
- _____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro v.2, n 21, p. 1 – 50, jan. / jun. 2012.
- BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. New Jersey: Princeton University Press. 2006.
- BEDNAR, Jenna. *The Dialogic Theory of Judicial Review: A New Social Science Research Agenda*, 78 Geo. [S.l.]: Wash. L. Rev, 2010.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2.ed. New Haven: Yale University Press, 1986
- _____. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New Haven: Yale University Press. 1978.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale. 13. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial e Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

_____. Entre a Anarquia e o Estado do Bem Estar Social: aplicações do libertarianismo à filosofia constitucional. In: FILOSOFIA e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

CALDEIRA, Gregory A. Neither the Purse Nor the Sword: Dynamics of Public Confidence in the Supreme Court. *The American Political Science Review*, [S.l.], v. 80, n. 4, Dec.1986.

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, [S.l.], v. 36, p.635-643, ago. 1992.

_____. Defenders of Democracy? Legitimacy, Popular Acceptance, and the South African Constitutional Court. *The Journal of Politics*, v. 65, n.1, p. 1-30, fev. 2003.

CARVALHO, Ernani. *Sua Majestade, o Presidente da República: Estudo de caso do controle de constitucionalidade dos atos do Executivo (1995-1998)*.2000. 382 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2000.

CASTAGNOLA, Andrea; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Bolivia. The Rise (and Fall) of Judicial Review. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press. 2011.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 3, p. 529-700, 2004.

CHEMERINSKY, Erwin. *In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism*. Illinois: University of Illinois, 2010. David C. Baum Memorial Lecture.

CHOPER, Jesse H. *Judicial Review and the National Political Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1980.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COSTA, Emília Viotti. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

CROWE, Justin. *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development*. Princeton. 2012.

DAHL, Robert. A. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. 6 *Journal of Public Law*. 1957.

DE FIGUEIREDO, John M.; TILLER, Emerson. Congressional Control of the Courts: A Theoretical and Empirical Analysis of Expansion of the Federal Judiciary. *Journal of Law and Economics*, [S.l.], n.39, p. 435-462, out.1996.

DE TOCQUEVILLE, A. *Democracy in America*. New York: Vintage, 1990.

DIMINO, Michael R. "Counter-Majoritarian Power and Judges' Political Speech." *Bepress Legal Series*. 2005. Paper 670.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. "Why the Mandate is Constitutional: The Real Argument". *The New York Review of Books*. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2012/may/10/why-mandate-constitutional-real-argument/?pagination=false>. Acesso em 12 nov 2013.

_____. A Bigger Victory than we knew. *The New York Review of Books*. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2012/aug/16/bigger-victory-we-new/?pagination=false>. Acesso em: 12 nov 2013.

EGAN, Patrick; CITRIN, Jack. Opinion leadership, backlash and delegitimation: supreme court rulings and public opinion. Connecticut: [s.n., 2010]. Disponível em: <<http://www.yale.edu/csap/seminars/egan.pdf>>.

ELHAUGE, Einer R. "Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?" *Yale Law Journal*, v. 101, p. 31-110, 1991-1992.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. Fourteenth printing*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the sirens – studies in rationality and irrationality*. Great Britain: Cambridge University Press, 1979.

EPSTEIN, L.; KNIGHT, J. *The Choices Justices Make*. Washington, DC: CQ Press. 1998.

_____. "Toward a strategic revolution in judicial politics: A look back, a look ahead." *Political Research Quarterly*, 53 (3), 2000, p. 625-661.

EPSTEIN, Lee. MARTIN, Andrew D. *Does Public Opinion Influence the Supreme Court? Possibly Yes (But we're not sure why)*. Artigo escrito para o Symposium The Judiciary and the Popular Will realizado pelo Jornal de Direito Constitucional da Universidade da Pennsylvania. 2012

EPSTEIN, Lee. HO, Daniel E. KING, Gary. SEGAL, Jeffrey A. The Effect of War on the U.S. Supreme Court. Setembro. 2004. p. 1-72 Disponível em: <http://epstein.law.northwestern.edu/research/conferencepapers.2004MPSA.pdf>, acesso em 12 nov 2014.

_____. *The Supreme Silence During War*. 2003. pp. 1-93.

ESKRIDGE Jr., William N. "Overriding Supreme Court statutory decisions". *Yale Law Journal*, v. 101, n. 2, p. 331/455, 1991.

FELDMAN, Brian. Evaluating Public Endorsement of the Weak and Strong Forms of Judicial Supremacy. *Virginia Law Review*, v.89, n. 5, p. 979-1036, set. de 2003.

FEREJOHN, John. "Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence." *Southern California Law Review*, [S.1.], v.72, p. 353-384, jan. /mar. 1999.

FEREJOHN, John., KRAMER, Larry D. "Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint," *New York University Law Review*, 77 Outubro 2002. pp. 962-1039.

FINKEL, Jodi. *Judicial Reform as Political Insurance: Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2008.

FISS, Owen. "The War Against Terrorism and the Rule of Law". *Oxford Journal of Legal Studies*. V. 26, Nº 2 (2006), pp. 235-256.

FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

_____. "The cycles of constitutional theory." 2004. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/journals/lcp>>. Acesso em 12 nov 2013.

_____. "The Politics of Judicial Review." 84 *Texas Law Review* 2005 p. 257-337.

_____. "Mediated Popular Constitutionalism." *Michigan Law Review* V. 101, n. 8, Aug 2003. pp. 2596-2636.

_____. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy". 73. *New York University Law Review*, n. 2, Maio 1998. pp. 333-433

_____. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction's Political Court." *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. Paper n. 49. 2002.

_____. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner." *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. Paper n. 24. 2000.

_____. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics". *University of Pennsylvania Law Review*. V. 148, n. 4, Abril 2000. pp. 971- 1050.

_____. "The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five." *Yale Law Journal*. V. 112. N. 153. 2002. pp. 153-259.

_____. The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship. *Northwestern University Law Review*. 2001. V. 95. nº 3, pp. 933-954.

FRIEDMAN, Barry. DELANEY, Erin F. "Becoming Supreme: The Federal Foundation of Judicial Supremacy." *Columbia Law Review*. V. 111. n. 6. Outubro 2011. pp. 1137-1193.

FRYMER, Paul. "Acting When Elected Officials Won't: Federal Courts and Civil Rights Enforcement in U.S. Labor Unions, 1935-85." *American Political Science Review* 97. 2003. pp. 483-99.

GARGARELLA, Roberto. 2008. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Alonso Reis Freire [trad.]. São Paulo : WMF Martins Fontes, 2008.

_____. "La Dificultad de Defender el Control Judicial de Las Leyes". *Isonomía*. n. 6. Abril de 1997.

_____. "Towards a Typology of Latin American Constitutionalism, 1810-60." *Latin American Research Review* 39.2 (2004): 141-153. Project MUSE. Web. 26 Nov. 2012. Disponível em <<http://muse.jhu.edu/>>. Acesso em 12 nov 2013.

_____. "Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois." *In: Filosofia política moderna*. Clacso, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP. 2006.

GATES, John B. *The Supreme Court and Partisan Realignment: A Macro- and Microlevel Perspective*. Boulder, CO: Westview Press. 1992.

GEYH, Charles G. "What's Law got to do with it?" *Stanford Law and Politics*. Stanford University Press. 2011.

GIBSON, James L. "Judicial Institutions". In RHODES, R.A.W., BINDER, Sarah A., ROCKMAN, Bert A. *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford University Press, 2008.

_____. "From Simplicity to complexity: the development of theory in the study of judicial behavior." *Political Behavior*, 5 (1): pp. 7-49. 1983.

GIBSON, James L., CALDEIRA, Gregory A., BAIRD, Vanessa A. "On the legitimacy of National High Courts." *American Political Science Review*. V. 92, n. 2, Junho 1998. pp. 343-358

GILLMAN, Howard. "How Parties Can Use the Courts to Advance Their Agendas: Federal Courts in the United States, 1875-1891." *American Political Science Review*. V. 96. Setembro. 2002, pp. 511-524.

GILLMAN, Howard., GRABER, Mark A., WHITTINGTON, Keith E. *American Constitutionalism. Volume I. Structures of Government*. New York, Oxford: Oxford University Press, 2013.

GILLMAN, Howard. CLAYTON, Cornell. "Beyond Judicial Attitudes: Institutional approaches to Supreme Court Decision Making", *In: Supreme Court Decision Making*:

New Institutional Approaches. Ed. Cornell W. Clayton e Howard Gillman. Chicago: The University of Chicago Press. 1999.

GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York: Cambridge University Press, 2003.

GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. (Ed.). *Courts and Power in Latin American and Africa*. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

GRABER, Mark. A. "The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary." 7. *Studies in American Political Development*. 1993. p. 35-73.

_____. "The Jacksonian Origins of Chase Court Activism." *Journal of Supreme Court History* 25. Março. 2000, p. 17-39.

_____. *A New Introduction to American Constitutionalism*. New York: Oxford University Press: 2013.

_____. "The Countermajoritarian Difficulty: From Courts to Congress to Constitutional Order". 4 *Annual Review of Law and Social Science* 361 (2008).

_____. "Naked Land Transfers and American Constitutional Development." 53 *Vand. L. Rev.* (2000). p. 73-121.

_____. "Establishing Judicial Review? Schooner Peggy and the Early Marshall Court." 51 *Political Research Quarterly*. 221 (1998).

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. (G. d. Carvalho, Trad.) Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

HALL, Matthew, E. *The Nature of Supreme Court Power*. New York: Cambridge University Press. 2011.

HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *O Federalista*. Traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. – 2. ed. Campinas: Russell Editores, 2005.

HANDBERG, Roger e William S. Maddox. "Public support for the Supreme Court in the 1970s." *American Politics Quarterly*. 10: p. 333-346. 1982.

HEISE, Michael. The past, present, and future of empirical legal scholarship: judicial decision making and the new empiricism. *University of Illinois Law Review*. nº 4. V. 2002. p. 819-850.

HELMKE, Gretchen e RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press. 2011.

HIRSCHL, Ran. "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions." *Law and Social Inquiry*, 25. 2000. p. 91-149.

_____. *Towards Juristocracy: The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press. 2004.

_____. “The Political Origins of the New Constitutionalism.” *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 11, No. 1 (Winter 2004), p. 71-108.

_____. “‘Juristocracy’ – Political, Not Juridical.” *The Good Society*, V. 13, No. 3 (2004), p. 6-11.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Edição de estudante revisada. Ed. Richard Tuck, Cambridge University Press: 1991.

HOGG, Peter W. e BUSHELL, Allison, A. “The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn’t such a bad thing after all)”. *In*. *Osgode Hall Law Journal*. v. 35, n. 1, p. 72-124, 1997.

HOWELL, William G. *Power without Persuasion: The Politics of Direct Presidential Action*. New Jersey: Princeton University Press. 2003.

KAPISZEWSKI, Diana. “Economic Governance on Trial: High Courts and Elected Leaders in Argentina and Brazil”. *Latin American Politics and Society*. 55:4. 2013. p. 47-73.

KAPISZEWSKI, Diana. TAYLOR, Matthew. *Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America*. *Perspectives on Politics*. V. 6, n. 4. Dezembro de 2008. pp. 741-767.

KELEMEN, Daniel. “The Political Foundations of Judicial Independence in the European Union”. Paper prepared for presentation at the European Union Studies Association Biennial Convention, Boston, MA, Março 3-5, 2011.

KLARMAN, Michael. J. “Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions.” *Virginia Law Review* 82. Fev. 1996, p. 1 – 67.

_____. “Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem.” *Georgetown Law Journal* 85. Fevereiro. 1997, p. 491-553.

_____. Court, Congress and civil rights. *In*: DEVINS, Neal; Whittington, Keith E. *Congress and the Constitution*. Durham: Duke University Press, 2005.

KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. Dossiê: 25 anos da Constituição de 1988. *Novos Estudos CEBRAP*. 96, julho 2013. p. 69-85.

KOERNER, Andrei. De FREITAS, Lígia Barros. *O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo*. Lua Nova, São Paulo, 88: 141-184, 2013.

KOERNER, Andrei. INATOMI, Celly. BARATTO, Marcia. “Sobre o Judiciário e a Judicialização”. *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, V. II, nº 4, Julho-Dezembro 2011, p. 17 a 52.

KRAMER, D. Larry. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press. 2004.

KYMLICKA, Will. 2006. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Luís Carlos Borges [trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAIN, Corinna Barrett. “Countermajoritarian Hero or Zero? Rethinking the Warren Court’s role in the Criminal Procedure Revolution.” *University of Pennsylvania Law Review*. V. 152. 2003/2004. p. 1361-1452.

LANDES, William. POSNER, Richard. “The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective.” *Journal of Law and Economics* 18, 1975. p. 875-911.

LASSER, William. *The Limits of Judicial Power: The Supreme Court in American Politics*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press. 1988.

LINZER, Peter. "The Carolene Products footnote and the preferred position of individual rights: Louis Lusky and John Hart Ely vs. Harlan Fiske Stone." *Constitutional Commentary*, Summer 1995: 277-303. Academic OneFile. Web. 11 April 2014.

LEIRAS, Marcelo. GIRAUDY, Agustina. TUÑÓN, Guadalupe. “Who wants an independent court? Political competition and Supreme Court instability in the Argentine provinces (1984-2008). (Draft) Apresentado em Seminário no Centro para estudos latino Americanos do David Rockefeller Center da Harvard University, em 17 de novembro de 2009.

LOVELL, George I. *Legislative Deferrals Statutory Ambiguity, Judicial Power, and American Democracy*. New York: Cambridge University Press. 2003.

MARKS, B. *A model of judicial influence on congressional policy-making: Grove City College v. Bell*. Working Paper in Political Science p 88-97. Hoover Institution, Stanford. 1988.

McCANN, Michael. How *the Supreme Court Matters in American Politics*, p. 63-97, in *The Supreme Court in American Politics. New Institutional Interpretations*. Edited by Howard Gillman & Cornell Clayton. University Press of Kansas. 1999.

McCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*. Fifth Edition. Revised by Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press. 2010.

MELNICK, R. Shep. “Courts and Agencies”. In: *Making policy, making law: an interbranch perspective*. MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). Washington, DC: Georgetown University Press, 2004, p. 89/107.

MENDES, Conrado Hubner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo e Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2007.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras, e Ciências Humanas. 2008, 219 f.

METTENHEIM, Kurt von. *A presidência e a separação dos poderes no Brasil (1999-2002)*. Tempo soc. [online]. 2003, V.15, n.2, p. 237-268. ISSN 0103-2070.

MEZEY, Susan Gluck. *Queers in Court: Gay Rights Law and Public Policy*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2007.

MILLER, Mark C. "The view of the courts from the hill: a neo-institutional perspective". In: MILLER, Mark C. & BARNES, Jeb (Ed.). *Making Policy, Making Law: an interbranch perspective*. Washington DC: Georgetown University Press, 2004.

MONDAK, Jeffery J. "Institutional Legitimacy, Policy Legitimacy, and the Supreme Court." *American Politics Quarterly*. 20: 457-77. 1992.

MONDAK, Jeffery J., e Shannon Ishiyama Smithey. "The Dynamics of Public Support for the Supreme Court." *Journal of Politics*. 59: 1114-42. 1997.

MONDAK, Jeffery J., e Anke Grosskopf. "Do Attitudes toward Specific Supreme Court Decisions Matter? The Impact of Webster and Texas v. Johnson on Public Confidence in the Supreme Court". *Political Research Quarterly*. V. 51, n. 3, Setembro 1998, p. 633-654.

MORAVCSIK, Andrew. "The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe." *International Organization* 54. p. 217-252. 2000.

MOUSTAFA, Tamir. *The struggle for constitutional power: law, politics, and economic development in Egypt*. New York: Cambridge University Press, 2007.

MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*. Traduzido por Deborah Lucas Schneider. New York: Cambridge University Press, 2005.

MURPHY, Walter F. *Elements of Judicial Strategy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1964.

MURPHY, Walter F., FLEMING, James E., BARBER, Sotirios A., MACEDO, Stephen. *American Constitutional Interpretation*. 4. Ed. New York: Thomson/Foundation Press, 2008.

NUNES, Rodrigo M. "Politics without Insurance: Democratic Competition and Judicial Reform in Brazil." *Comparative Politics*. Abril 2010. 313-331.

_____. "Ideational Origins of Progressive Judicial Activism: The Colombian Constitutional Court and the Right to Health". *Latin American Politics and Society*. V. 52, n.º 3.

- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *STF. Do autoritarismo à democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2012.
- OLIVEIRA, Vanessa E. “Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?” *Dados*, 48. Julho/Set. 1995. p. 559-87.
- PACHECO, Cristina Carvalho. *O Supremo Tribunal Federal e a Reforma do Estado*. Uma análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998). Tese de Doutorado em Ciências Sociais apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. 2006. 416p.
- PELTASON, J. W. *Fifty-Eight Lonely Men: Southern Federal Judges and School Desegregation*. Urbana: University of Illinois Press. 1971.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- PERETTI, Terri. *In Defense of a Political Court*. Princeton University Press. 1999.
- PERSILY, Nathaniel. CITRIN, Jack. EGAN, Patrick J. *Public Opinion and Constitutional Controversy*. New York: Oxford University Press. 2008.
- PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional Deliberation in Congress: The Impact of Judicial Review in a Separated System*. Durham, NC: Duke University Press. 2004.
- PILDES, Richard H. “Is the Supreme Court a ‘Majoritarian’ Institution?” (2011). *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 251. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/251>. Acesso em 12 nov 2013.
- POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 2003.
- POST, Robert e SIEGEL, Reva B., “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”. Harvard Civil Rights-Civil Liberties”, *Law Review*, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=990968>>. Acesso em 12 nov 2013.
- RAMSEYER, J. Mark. “The Puzzling (In)dependence of Courts: A Comparative Approach.” *Journal of Legal Studies* 23. Junho. 1994. pp. 721-747.
- RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Edição Ampliada. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, v. I a III.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A história do Supremo Tribunal Federal – 1930-1963*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, v. IV.

RODRIGUES, Leôncio M. *Mudanças na classe política brasileira*. São Paulo: Publifolha, 2006. p. 165.

RODRÍGUEZ-RAGA, Juan Carlos. “Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006”. In. HELMKE, Gretchen e RÍOS-FIGUEROA, Julio. *Courts in Latin America*. New York: Cambridge University Press. 2011. p. 81-98.

ROGERS, James R. “Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Executive Interaction.” *American Journal of Political Science* 45. 2001. pp. 84-99.

ROSEN, J. *The Most Democratic Branch: How Courts Serve America*. New York: Oxford. 2006.

ROSENBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change*. Chicago: University of Chicago Press. 1991.

_____. “Judicial Independence and the Reality of Political Power.” *Review of Politics* 54, 1992. pp. 369-98.

SCHWARTZ, Herman. *The struggle for constitutional justice in post-communist Europe*. Chicago: The University Press, 2002.

SEGAL, Jeffrey A. e SPAETH, Harold J., *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (2002). Cambridge University Press, 2002.

SHAPIRO, Martin. *Law and Politics in the Supreme Court*. New York: Free Press, 1964.

_____. “The Success of Judicial Review.” In: *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*, ed. Sally J. Kenney, William M. Reisinger, e John C. Reitz. New York: St. Martin’s Press. 1999.

SILVERSTEIN, G. *Law’s Allure: How Law Shapes, Constrains, Saves and Kills Politics*. New York, Cambridge. 2009.

STEPHENSON, Matthew C. ““When the Devil Turns ...”: The Political Foundations of Independent Judicial Review.” *Journal of Legal Studies*, V. 32. Janeiro 2003. pp. 59-89.

SUNSTEIN, Cass R., *One Case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press. 2001.

_____. *A Constitution of many minds – Why the founding document doesn’t mean what it ment before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

TATE, C. N. e VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TATE, C.N. “Why the expansion of judicial power?” In: C. N., TATE e T. VALLINDER. *The Global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TRIBE, Laurence H., DORF, Michael C. *On reading the Constitution*. Cambridge, Mass.; London: Harvard University Press, 1991.

Trochev, Alexei. *Judging Russia: Constitutional Court in Russian Politics, 1900-2006*. Cambridge, 2011.

TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas*. Tradução Micheline Christophe. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

TUSHNET, Mark. "The Supreme Court and the National Political Order: Collaboration and Confrontation." In: *The Supreme Court in American Political Development*, ed. Ronald Kahn e Ken I. Kersch. Lawrence: University Press of Kansas. 2006.

VANBERG, Georg. *The politics of judicial review in Germany* (political economy of institutions and decisions). 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

_____. "Legislative-Judicial Relations: A Game Theoretic Approach to Constitutional Review." *American Journal of Political Science*, V. 45 (Abril): 346-61. 2001.

VANBERG, Georg. e STATON, Jeffrey K. "The Value of Vagueness: Delegation, Defiance, and Judicial Opinions." *American Journal of Political Science*, V. 52, n. 3, Julho 2008, pp. 504-519.

VANBERG, Georg. CARRUBBA, Clifff. FRIEDMAN, Barry. MARTIN, Andrew D. "Who Controls the Content of Supreme Court Opinions?" *American Journal of Political Science*, V. 56, n. 2, Abril 2012, pp. 400-412.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro. Revan. 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. "Supremocracia." *Revista de Direito do Estado* 12:55, 2009. 441-463.

VOIGT, Stefan, e SALZBERGER, Eli M. *Choosing not to Choose: When Politicians Choose to Delegate Powers*. *Kyklos* 55 (2): 289-310. 2002.

VON MEHREN, Arthur T., "Constitutionalism in Germany: The First Decision of the New Constitutional Court." *The American Journal of Comparative Law*, v. 1, n. 1. p. 70-94, 1952.

VYAS, Yash. "The Independence of the Judiciary: A Third World Perspective." *Third World Legal Studies*. 1992. pp. 127-77.

WALUCHOW, Wilfrid J. *A common law theory of judicial review: the living tree*. Cambridge: Cambridge University Press. 2007.

WHITTINGTON, Keith E., e Daniel P. Carpenter. 2003. "Executive Power in American Institutional Development." *Perspectives on Politics* 1 (Set): 495-513.

WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

_____. "Presidential Challenges to Judicial Supremacy and the Politics of Constitutional Meaning". *Polity* 33: 365-395. 2001.

_____. "Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court." *American Political Science Review*. V. 99. No. 4. Novembro 2005. 583-596.

_____. "Legislative Sanctions and the Strategic Environment of Judicial Review." *International Journal of Constitutional Law* 1 (Julho): 446-474. 2003

_____. "Preserving the 'Dignity and Influence of the Court': Political Supports for Judicial Review in the United States." In: *The Art of the State: Rethinking Political Institutions*, ed. Ian Shapiro and Stephen Skowronek. New York: New York University Press. 2006.

WILSON, Bruce. CORDERO, Juan Carlos. "Legal Opportunity Structures and Social Movements: The Effects of Institutional Change on Costa Rican Politics". *Comparative Political Studies*. V. 39, n. 3, Abril 2006. p. 325-351.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavarez. São Paulo: RT, 1995.