

JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA NO BRASIL¹

Rogério Bastos Arantes e Fábio Kerche

RESUMO

A garantia dos direitos civis é uma das funções principais do Judiciário, tarefa historicamente delegada como parte importante do processo de construção do Estado Liberal de Direito. Portanto, na sua origem este poder é um mecanismo mais liberal do que democrático. No Brasil, em virtude da construção de um modelo institucional diferenciado, o Judiciário pode interferir também no processo de tomada de decisão política, por meio de um sistema extremamente aberto e descentralizado de controle da constitucionalidade das leis. Se isso contribui para o processo de liberalização do regime, arremessa o Judiciário no jogo político, reforçando o consociativismo do nosso modelo político e aumentando os custos de governabilidade.

Palavras-chave: Judiciário; poliarquia; Estado de Direito; governabilidade.

SUMMARY

One of the Judiciary's main responsibilities is to guarantee civil rights, a task historically delegated as an important part of the process constituting the Liberal State. In other words, originally this power was more a liberal mechanism than a democratic one. In Brazil, since a different institutional model developed, the Judiciary here also can interfere in the political decision-making process, through an extremely open and decentralized system of control over the constitutionality of laws. While this contributes to the process of the regime's liberalization, it also commits the Judiciary to the political sphere, reinforcing the consociative character of the Brazilian political model and increasing the cost of government.

Keywords: Judiciary; polyarchy; rule of law; governability.

Para além (ou aquém) da poliarquia

Com o fim do autoritarismo e a reorganização constitucional do país, grande parte dos analistas políticos voltou-se para o estudo e discussão dos aspectos institucionais da nova democracia política brasileira².

Exceto os autores que permaneceram trabalhando na chave conceitual da democracia como sociedade igualitária, aqueles que desde o início se propuseram a restringir sua análise à dimensão política caminharam para a aceitação do conceito de poliarquia, de Robert Dahl, como forma de caracterizar o novo regime em construção. O conceito passou a ser utilizado

(1) A primeira versão deste texto foi apresentada no XXII Encontro Anual da Anpocs (Caxambu, 27-31 de outubro de 1998).

(2) Sobre a recente valorização da dimensão institucional na análise política, ver Lamounier, Bolívar. "Redemocratização e estudo das instituições políticas no Brasil". In: Miceli, Sérgio (org.). *Temas e problemas da pesquisa em ciências sociais*. São Paulo/Rio de Janeiro: Sumaré e Fapesp/Fundação Ford, 1992.

não só para caracterizar a nova democracia como também para descrever seu *processo* de institucionalização, por meio da incorporação de outros esquemas analíticos de Dahl: competição política e direito de participação como dois eixos ao longo dos quais o novo regime pode ir galgando novos estágios rumo à poliarquia, mediante avanços concomitantes na liberalização política e na inclusividade (extensão do direito de participação ao maior número)³.

Graças à clareza e à precisão incomuns dos esquemas de Dahl, os analistas políticos são hoje capazes de localizar o regime político brasileiro na escala de poliarquia e freqüentemente, não sem divergência quanto aos pontos exatos, atribuem patamares bastante elevados de liberalização e inclusividade ao regime brasileiro.

Entretanto, dois tipos de análise têm demonstrado insatisfação com o alcance restrito do conceito de poliarquia e buscado ampliar seus limites. De um lado, a perspectiva crítica que ainda não abandonou o ideal de democracia ampliada permanece questionando as bases sociais da poliarquia. Não que essa perspectiva desconsidere a importância das mudanças na dimensão descrita pelo conceito, mas propõe que se vá além dela. De outro, os estudos que podem ser reunidos sob a rubrica *governabilidade* (desde análises sobre processos decisórios e políticas públicas até temas mais amplos como relação entre poderes) reconhecem o sucesso da poliarquia brasileira quanto ao grau de institucionalização da competição e participação políticas no país, mas questionam duramente seu desempenho efetivo do ponto de vista sistêmico e de produção de decisões. Mais do que isso, alguns identificam justamente naquele sucesso a origem dos novos problemas, numa espécie de paradoxo das conseqüências em que *poliarquia* demais pode significar *governo* de menos.

Em síntese, os limites da poliarquia brasileira permanecem tensionados pela crítica, e teorias mais amplas da democracia têm atacado seu caráter minimalista ou seu baixo desempenho como sistema de governo.

Com relação à primeira perspectiva — que não se satisfaz com os parâmetros limitados da poliarquia —, sua contribuição inicial mais importante foi fazer a distinção entre *transição* e *consolidação* democráticas como fases do processo de redemocratização. Nas palavras de O'Donnell:

Embora se trate do mesmo decurso histórico, considero útil postular que os processos de democratização vividos pelos nossos países implicam duas transições. A primeira, a que vai do regime autoritário anterior até a instalação de um governo democrático. A segunda vai desde este governo até a consolidação da democracia ou, em outras palavras, até a efetiva vigência de um regime democrático. A democracia à qual me refiro, a democracia política (ou poliarquia, segundo a útil e difundida definição de Robert Dahl), pode coexistir com diversos graus de democratização (e com sua falta) nos planos econômico, social e cultural. Por duas razões é importante deixar bem clara esta

(3) Cf. Dahl, Robert. *Poliarquia. Participação e oposição*. São Paulo: Edusp, 1997. Um bom exemplo de aplicação dos esquemas analíticos de Dahl no entendimento do processo de abertura do regime autoritário brasileiro encontra-se em Lamounier, Bolívar. "Authoritarian Brazil revisited: o impacto das eleições sobre a Abertura". In: Stepan, Alfred (org.). *Democratizando o Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. Usos mais recentes do conceito de poliarquia na análise do regime político brasileiro podem ser vistos em Santos, Wanderley G. dos. *Da oligarquia à poliarquia. Competição eleitoral e processos "não-encarceráveis"*. Rio de Janeiro: Luperj, outubro de 1997 (Série Estudos, nº 95); O'Donnell, Guillermo. "Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina". *Novos Estudos*. São Paulo: Cebrap, nº 51, julho de 1998.

*distinção: uma, porque considero a conquista da democracia política sumamente valiosa em si mesma; outra, porque a distinção entre, por um lado, a democracia política e, por outro, a democratização socioeconômica e cultural é precisamente o que nos permite explorar as relações e variações entre ambas*⁴.

Embora a crise econômica tenha atropelado os planos normativos e lineares desse argumento (talvez não tivesse sido muito diferente mesmo sem ela!), o fato é que a distinção entre a primeira fase — transição para a poliarquia — e a segunda — consolidação de um *regime* democrático extensivamente igualitário — ainda faz eco nas análises recentes.

O próprio O'Donnell retoma essa temática, inovando-a, em seu último artigo publicado no Brasil⁵. O autor, mais uma vez apontando o dilema entre democracia política e desigualdade social, persegue uma posição intermediária, a meio caminho depois da poliarquia (igualdade mínima) e antes da democracia plena (igualdade máxima). A inovação ocorre quando O'Donnell consegue politizar, no sentido analítico, a variável socioeconômica. Na verdade, a crítica ao conceito minimalista de democracia política sempre careceu de argumentos consistentes e indícios empíricos que demonstrassem como, em termos causais, a desigualdade socioeconômica afeta o desempenho da democracia política. O'Donnell parece dar um passo importante na direção da superação daquele dilema básico, mostrando como a análise política deve ser sensível a variações na esfera socioeconômica, mediante a introdução de uma dimensão intermediária identificada pelo autor por meio da clássica noção de *rule of law*.

Mesmo o gélido conceito de poliarquia tem suas conotações normativas. Segundo O'Donnell, a principal delas é que o regime poliárquico pressupõe que os cidadãos sejam dotados de um grau básico de autonomia e responsabilidade para exercer com desenvoltura seus direitos de participação política. No fundo, é o clássico esquema de Marshall que mais uma vez está sendo invocado: parece mesmo que o exercício satisfatório dos direitos políticos só é possível na vigência plena dos direitos civis de liberdade e autonomia pessoal⁶. O cidadão político deve ser precedido por aquilo que O'Donnell chama de *pessoa legal*, isto é, aquela portadora de direitos efetivos (não só formais) na esfera *civil* das relações interindividuais e também das relações dos indivíduos com os órgãos estatais⁷.

No Brasil, e em outros países de democracia recém-nascida, as deficiências na dimensão intermediária do *rule of law* são bastante conhecidas, com um alarmante número de cidadãos excluídos da cidadania civil. Nem o direito produzido é universalista, nem sua aplicação pelos órgãos competentes se dá respeitando o princípio fundamental da igualdade perante a lei. Tudo isso coincide com acentuada pobreza e desigualdade social.

Flagrando a (in)efetividade do *rule of law* das novas democracias, O'Donnell conclui que

(4) O'Donnell, Guillermo. "Transições, continuidades e alguns paradoxos". In: Reis, Fábio W. e O'Donnell, Guillermo (orgs.). *A democracia no Brasil: dilemas e perspectivas*. São Paulo: Vértice/Editora dos Tribunais, 1988, p. 43.

(5) O'Donnell, "Poliarquias e a (in)efetividade da lei...", loc. cit.

(6) Marshall, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, cap. III.

(7) Na verdade, Caldeira e Holston já haviam chamado a atenção para a importância da esfera civil nas novas democracias e, antes deles, Carvalho também já o havia feito. Ver: Caldeira, Teresa P. R. e Holston, James. *Cidadania, justiça e direito: limites e perspectivas da democratização brasileira*. XIX Encontro Anual da Anpocs, outubro de 1995 (mimeo); Carvalho, José Murilo de. "Interesses contra a cidadania". In: DaMatta, Roberto (org.). *Brasileiro: cidadão?* Rio de Janeiro: Cultura, 1992, pp. 87-125.

*a democracia não é só um regime político (poliárquico), mas também um modo particular de relacionamento, entre Estado e cidadãos e entre os próprios cidadãos, sob um tipo de princípio da lei que, além da cidadania política, preserva a cidadania civil e uma rede completa de accountabilities*⁸.

(8) O'Donnell, "Poliarquias e a (in)efetividade da lei...", loc. cit., p. 52.

Desta forma, dado que nossas novas democracias liberais são mais democráticas (no sentido político) do que liberais, a tarefa dos setores democráticos e progressistas nesses países seria "levar a cabo lutas liberais pela efetividade de direitos civis formais e universalistas para todos"⁹.

(9) Ibidem, p. 55.

A segunda perspectiva crítica da poliarquia é composta pelas análises relativas ao desempenho das novas democracias como sistemas de governo. O tema da (in)governabilidade é central nesse conjunto de estudos.

Sabemos que este tema tem conquistado a atenção de autores desde pelo menos o final dos anos 60 e que sua abordagem veio se diversificando em termos normativos e metodológicos ao longo dos últimos anos. Não pretendemos oferecer aqui uma revisão da literatura disponível sobre o assunto, mas somente fazer uso de algumas de suas principais conclusões sobre as dificuldades do processo de *policy-making* decorrentes exclusivamente do sistema político-institucional.

No geral, para essa segunda perspectiva o problema das novas poliarquias não é seu minimalismo, mas uma espécie de má formação institucional que resulta em incapacidade do sistema político de produzir e implementar decisões. Na verdade, como nos mostra Santos, o conceito de governabilidade e seu sucessor — *governance* — estão ambos vinculados à "concepção estrutural-funcionalista da *performance* dos sistemas políticos"¹⁰. A diferença que surge nos anos recentes é que a parafernália de esquemas fornecidos pela teoria dos sistemas para descrever o *modus operandi* do subsistema político se vê obrigada a incorporar a democracia como meio ambiente e todos os novos constrangimentos daí decorrentes.

(10) Santos, Maria H. C. "Governabilidade, governança e democracia: criação de capacidade governativa e relações Executivo-Legislativo no Brasil pós-Constituinte". *Dados*. Rio de Janeiro: Iuperj, 40(3), 1997, pp. 335-376.

A inclusão do fator democrático nas análises sobre governabilidade realçou novamente a importância dos aspectos político-institucionais. Assim, salvo exceções¹¹, a maioria dos trabalhos tem concluído que nosso sistema de governo (especialmente a relação entre Executivo e Legislativo), nossos sistemas partidário e eleitoral e outros têm impacto negativo sobre o processo de *policy-making* e conseqüentemente comprometem a governabilidade. Há divergências sobre o momento de maior incidência de dificuldades — se na fase de formulação das políticas ou se na sua implementação, como mostra Santos —, mas em linhas gerais os autores permanecem bastante desiludidos quanto às chances de que o nosso desenho institucional favoreça a governabilidade.

(11) A principal delas tem vindo dos trabalhos de Limongi e Figueiredo. Ver, por exemplo, Limongi, Fernando e Figueiredo, Argelina. "As reformas (des)necessárias". *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo: Fundação Seade, 10(4), out.-dez. 1996, pp. 37-43; "O Congresso e as medidas provisórias: abdicação ou delegação?" *Novos Estudos*. São Paulo: Cebrap, n° 47, março de 1997, pp. 127-154.

Desse ponto de vista, nossa nova poliarquia teria tido o grande mérito de possibilitar graus razoáveis de competitividade¹² e participação, mas hoje, talvez até pelo seu excesso, tem demonstrado péssima *performance* como sistema também de governo.

(12) Sobre o grau de competitividade, ver Santos (Wanderley G. dos), op. cit.

Chamando o Judiciário

As duas perspectivas críticas da poliarquia descritas sumariamente acima chegaram por caminhos normativos opostos às instituições judiciais, especialmente ao Poder Judiciário.

Do ponto de vista da governabilidade, a participação do Judiciário no jogo político torna mais incerto e custoso o processo de tomada de decisão política. Do ponto de vista da cidadania civil e da *accountability*, ou da dimensão intermediária do *rule of law* apontada por O'Donnell, a participação eficiente do Judiciário poderia significar uma ampliação democrática para além dos limites minimalistas da poliarquia. Como são poucos os estudos que buscam integrar as instituições judiciais à análise política, nenhuma dessas duas perspectivas consegue ir além da simples menção a esse novo agente e do reconhecimento superficial de sua importância.

Nossa proposta de inclusão das instituições judiciais como objeto importante de análise política pretende trazer novos elementos que permitam conhecer melhor tais instituições e, ao mesmo tempo, sugerir um tratamento teórico dessa questão a meio caminho entre as perspectivas da difícil governabilidade e da (in)efetividade do *rule of law*.

Em linhas gerais, nossa hipótese é que as instituições judiciais brasileiras — especialmente o Judiciário — têm contribuído para o processo recente de liberalização do Estado, entendendo-se liberalização no sentido clássico da redução das oportunidades de exercício despótico do poder político¹³. Historicamente, os processos de liberalização dos Estados modernos ocorreram mediante a fixação do princípio da supremacia da Constituição e da institucionalização de algum tipo de sistema de separação e controle de poderes. Entretanto, também se vislumbrava desde o início o ônus de uma tal limitação do poder: os altos custos, e até mesmo o risco de paralisia, do processo de tomada de decisão. Montesquieu (um dos pais fundadores do esquema) reconhece esse problema mas acaba escapando pela tangente: "Mas como, pelo movimento necessário das coisas, [os poderes] são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo"¹⁴. Montesquieu parece superestimar a tendência das coisas de se manterem na ordem. Que movimento *necessário* obriga um sistema de controles e vetos a caminhar de acordo? Tanto não existe esse imperativo que uma das grandes questões desde então tem sido tentar equilibrar liberalização e governabilidade.

Seja na passagem dos Estados absolutistas para os Estados liberais, seja na transição dos regimes autoritários para as poliarquias mais recentes, a constituição da cidadania civil depende do êxito do processo de liberalização. Somente sob um Estado constitucional, com arranjos institucionais capazes de oferecer limites a ações arbitrárias do poder político, é que se torna possível preservar os direitos de liberdade, especialmente a propriedade privada. O principal beneficiário de um processo de liberalização é,

(13) Adotamos essa definição a partir de Madison, no artigo federalista X. Ver: Madison, James, Hamilton, Alexander e Jay, John. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 136.

(14) Montesquieu. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril, p. 161 (Coleção Os Pensadores).

portanto, o indivíduo, que se vê protegido pelo manto do Estado de Direito.

Embora não seja possível remontar aqui à clássica teoria constitucional e de separação de poderes, é importante lembrar o papel decisivo proposto ao Judiciário nos tempos liberais: cuidar justamente da aplicação imparcial da lei, garantindo o princípio da igualdade jurídica, e principalmente zelar pelo respeito aos direitos fundamentais inseridos nas Constituições. Pela ordem, essa tarefa compõe o plano geral de liberalização do Estado e não tem, em princípio, nada a ver com ideais democráticos. Pelo contrário, como veremos na seção seguinte, essa função do Judiciário foi introduzida deliberadamente para limitar a vontade da maioria e proteger a minoria. É verdade que o Judiciário como guardião de direitos individuais foi incorporado à lista de requisitos para a democracia, mas isso só ocorreu depois que o pensamento democrático aceitou a idéia burguesa de cidadania civil como valor.

Na seção seguinte esclarecemos melhor esse ponto e apresentamos os dois modelos hoje existentes de controle judicial dos princípios e garantias constitucionais.

Por que chamaram o Judiciário

Como se sabe, nos tempos modernos o liberalismo veio antes da democracia. No início eram até antagônicos. Quem consolidou a idéia de superioridade da Constituição e introduziu uma nova engenharia institucional com vistas a garantir esse princípio foi o pensamento liberal do século XVIII, preocupado que estava em remover o entulho absolutista e constitucionalizar o Estado.

Sem dúvida, o melhor exemplo de aplicação dos princípios liberais clássicos é a Constituição americana de 1787. Montesquieu esteve presente em espírito e influenciou os autores da Constituição no desenvolvimento de uma engenharia institucional de equilíbrio entre poderes. Entretanto, no autor de *O espírito das leis* os americanos buscaram mais os mecanismos de controle do que de independência entre poderes. Por quê? Porque a reconstrução institucional do país tinha um problema mais sério a considerar do que a remoção de qualquer entulho absolutista. Os americanos estavam diante do risco mais indesejável de um Estado constitucional e relativamente aberto à participação do povo: a tirania da maioria sobre a minoria. Nos clássicos *artigos federalistas* é forte a idéia de que a independência entre os poderes só é viável se se desenvolverem mecanismos de controle entre eles. E os americanos deram o melhor exemplo nesse sentido. O medo da tirania da maioria tinha base real na experiência recente de caos econômico e financeiro que afligia o país¹⁵. O ponto máximo parece ter sido quando os Legislativos estaduais passaram a decretar perdão para dívidas de agricultores falidos, muitas vezes anulando

(15) Para uma análise do contexto histórico e das questões principais que orientaram a Convenção de Filadélfia, ver a Apresentação de Isaac Kramnik a *Os artigos federalistas*, loc. cit. pp. 1-86.

do decisões judiciais favoráveis aos credores. O governo popular podia produzir situações desse tipo, em que maiorias eleitas pelo voto ameaçassem o *direito de propriedade* de outros por meio do Poder Legislativo. A questão, portanto, não era evitar a tirania de um, a absolutista, mas a tirania de muitos, a democrática. Toda a atenção dos constituintes americanos voltou-se então para o controle do Parlamento e a necessidade de limitar sua voracidade legislativa, oferecendo a Constituição como parâmetro. Como eles perceberam, como poucos, que a presença de governantes ilustrados e talhados no respeito à Constituição deve ser considerada uma contingência do processo político — particularmente em governos populares —, trataram de garantir a superioridade da Constituição por meio da atribuição do controle da constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário. Como diz Hamilton:

*A completa independência dos tribunais de justiça é peculiarmente essencial numa Constituição limitada. Por Constituição limitada entendo uma que contenha certas exceções especificadas ao Poder Legislativo, como, por exemplo, a de que ele não aprovará decretos de perda de direitos civis, leis ex post facto ou coisas semelhantes. Na prática, limitações desse tipo só podem ser preservadas por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição*¹⁶.

(16) Madison, Hamilton e Jay, op. cit., p. 480, grifo nosso.

É necessário reconhecer, portanto, que o controle constitucional surge como solução liberal para problemas democráticos. Tanto foi assim que a proposta de tornar explícita essa função do Judiciário no texto da Constituição americana não foi aprovada, pois muitos ficaram perplexos diante de uma doutrina que poderia levar à superioridade do Judiciário em relação ao Legislativo. Mas permaneceu o espírito e, em 1803, John Marshall, então presidente da Suprema Corte, deu-lhe vida por meio de uma clássica sentença na qual, julgando um caso concreto (*Marbury vs. Madison*), declarou a nulidade de uma lei por não estar em conformidade com a Constituição.

Com a democratização dos Estados liberais, o sentido da função liberal do Judiciário deixa de ser unívoco. Impor limites à ação do Estado, revendo de modo judicial suas decisões e atos normativos, passa a ser uma função também desconfortável, pois a vontade que se quer impedir ou reformar é a vontade da maioria política. Em termos gerais, o Judiciário encontra-se hoje na confluência das linhas históricas do liberalismo e da democracia. Em termos específicos, atribuir ao Judiciário a tarefa de preservar a Constituição em face de atos dos poderes políticos é tornar o Estado mais liberal, em que pesem as dificuldades daí decorrentes de implementação de decisões políticas majoritárias de origem democrática.

O controle constitucional em perspectiva comparada¹⁷

O princípio do controle constitucional sobreviveu, apesar da democratização dos Estados liberais do século XIX, e várias Constituições contemporâneas o adotaram. Mas não todas. Em países democráticos como Inglaterra e França, decisões políticas majoritárias que tomam forma de lei e são promulgadas pelo Parlamento não podem sofrer revisão judicial. Intervenções judiciais são consideradas ilegítimas justamente porque são antidemocráticas, porque podem ir contra a manifestação da vontade popular e dos seus órgãos representativos, ao passo que os órgãos judiciais não são expressão dessa vontade nem são passíveis de controle pelo povo.

Já nos países onde o controle constitucional é adotado, dois modelos básicos têm sido utilizados. De um lado, com destaque para o caso americano, existe o chamado *sistema difuso*. Nesse sistema, todos os juízes que integram o Poder Judiciário têm capacidade para declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos, no julgamento de *casos judiciais concretos*. O conflito entre a lei e a Constituição não é levado diretamente aos tribunais. Na verdade, ele surge de modo *incidental*, no decorrer de um processo relativo a uma demanda concreta, seja porque as partes têm a possibilidade de suscitar a questão constitucional, seja porque o juiz tem a faculdade de examinar os fundamentos constitucionais da lei a ser aplicada ao caso concreto. Do mesmo modo, a decisão judicial tem efeito restrito às partes em litígio.

As conseqüências políticas dessa atribuição do Judiciário americano já haviam sido notadas por Tocqueville:

O que o estrangeiro com maior dificuldade compreende nos Estados Unidos é a sua organização judiciária. Por assim dizer, não há ocorrência política para a qual não ouça ele ser chamada a autoridade do juiz; e conclui, à vista disso, naturalmente, que o juiz é, nos Estados Unidos, uma das primeiras forças políticas. Depois, quando passa a examinar a constituição dos tribunais, só descobre nela, a princípio, atribuições e hábitos judiciários. Aos seus olhos, o magistrado nunca parece introduzir-se nos negócios públicos a não ser por acaso; mas esse mesmo acaso repete-se todos os dias.

E sobre a origem dessa participação política do Judiciário, explica:

A causa acha-se exclusivamente no seguinte fato: os americanos reconheceram o direito de fundarem os juízes as suas decisões na Constituição, antes que nas leis. Noutras palavras, permitiram-lhes jamais aplicar as leis que lhes parecessem inconstitucionais¹⁸.

(17) As duas próximas seções estão baseadas em Arantes, Rogério B. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Edusp/Fapesp, 1997, caps. I, II e III.

(18) Tocqueville, Alexis de. *A democracia na América*. 2ª ed. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1977, p. 83, grifo no original.

O principal risco do modelo difuso é a ocorrência de tantas diferentes decisões quantos forem os órgãos judiciais acionados para casos semelhantes, gerando insegurança jurídica. Nos Estados Unidos, graças à tradição jurídica, esse problema é compensado pela *força vinculante* das decisões dos tribunais superiores sobre os juízos inferiores. Daí a importância da interpretação da Constituição efetuada pela Suprema Corte, pois sua decisão tem o efeito prático de ser definitiva.

De outro lado, em países como Áustria, Alemanha, Itália e Espanha encontramos um *sistema concentrado*. Nesses casos o controle constitucional é *monopólio* de um tribunal especial, mais conhecido como Corte Constitucional. Ao contrário do que ocorre no modelo difuso, este tribunal tem competência para julgar a própria lei, provocado geralmente por algum tipo de *ação direta de inconstitucionalidade*. Este tipo especial de ação possibilita que a lei seja colocada diretamente em julgamento e que sua conformidade com a Constituição seja apreciada pela Corte. Não há possibilidade de outros órgãos judiciais realizarem o controle constitucional.

As cortes constitucionais do modelo concentrado caracterizam-se por explicitar melhor a dimensão política do controle constitucional das leis. Primeiro, o monopólio da declaração de inconstitucionalidade afasta os órgãos judiciais e suas diversas instâncias da possibilidade de intervir em questões macropolíticas, como em geral são as questões constitucionais¹⁹. Segundo, a ação direta dispensa o modo incidental do modelo difuso para incidir sobre a própria lei produzida no Parlamento ou ato normativo editado pelo Executivo, obtendo como resultado a confirmação ou anulação em si do diploma legal. Terceiro, a dimensão política é ainda reforçada pelo fato de os legitimados a fazer uso da ação direta formarem, na maioria dos países, uma lista de agentes políticos especiais, quase sempre integrada pelo governo federal e governos estaduais (se houver) e por uma fração (em geral um terço) dos membros do Parlamento. Por último, a composição da Corte Constitucional e sua posição no arranjo institucional de poderes contribuem para o reconhecimento da natureza política de suas funções. As cortes constitucionais são órgãos separados do Poder Judiciário, não coincidindo com seus tribunais superiores. As formas de investidura no cargo são mais politizadas, em geral combinando a participação do presidente e do Legislativo na escolha dos integrantes da Corte. Também a fixação de mandatos, embora muitas vezes bastante dilatados, baseia-se na idéia de que o exercício da função deve ser submetido a avaliação periódica do corpo político, além de indicar que a interpretação da Constituição pode mudar com o tempo.

(19) Na Alemanha, Áustria, Espanha e Itália, processos na justiça comum podem até suscitar incidentalmente uma questão constitucional. Entretanto, os juízes são obrigados a suspender os processos e requerer da Corte Constitucional (que detém o monopólio) uma decisão sobre a questão levantada. Os órgãos judiciais comuns nestes países não podem decidir sobre a (in)constitucionalidade das leis que se aplicam aos casos concretos que estão examinando.

O sistema de controle constitucional no Brasil

Entre nós, curiosamente, a partir da primeira Constituição republicana (1891), que copiou o modelo difuso americano, várias mudanças inspiradas

no sistema concentrado europeu foram feitas pelas Constituições posteriores, a ponto de transformar nosso sistema de controle constitucional em um sistema *híbrido*, talvez sem similar no mundo contemporâneo.

Hoje, em razão da Constituição de 1988, nosso sistema não é difuso porque contamos com o mecanismo da ação direta de inconstitucionalidade, patrocinada junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), com efeito *erga omnes* (contra todos). Desse ponto de vista, o STF é quase uma corte constitucional. De outro lado, o sistema não é concentrado porque o STF não detém o monopólio da declaração de (in)constitucionalidade, dividindo essa competência com os juízes e tribunais inferiores de todo o país. Assim, quando o STF recebe recurso das instâncias inferiores em questões constitucionais, manifesta-se apenas como órgão de cúpula do Judiciário. Para completar o hibridismo desse sistema, entre nós *as decisões do STF não vinculam decisões dos órgãos judiciários inferiores*, como ocorre nos Estados Unidos.

Na verdade, a Constituinte de 1987-88 se viu diante de um dilema: de um lado, como parte importante do processo de liberalização, era preciso restaurar a independência e autonomia do Judiciário — nesse sentido, reafirmar o princípio difuso, permitindo a todo e qualquer juiz exercer o controle constitucional, era um dos pontos mais importantes —, e, de outro, a experiência vinha demonstrando que a crescente concentração da competência de controle constitucional num órgão especial, embora associada ao autoritarismo, era adequada à maior eficácia e estabilidade do sistema político.

A Constituição de 1988 tentou harmonizar essas duas tendências quando manteve inovações do regime anterior que favoreciam a concentração da competência de controle constitucional no STF, mas, no mesmo ato, ampliou o acesso a essa corte de forma sem paralelo nos textos constitucionais anteriores²⁰, além de manter o princípio difuso de controle constitucional para as instâncias inferiores. Ou seja, entre optar pela criação de uma corte constitucional (com monopólio da função) e retroceder no processo de concentração do controle constitucional no STF (realizado pelos militares), a Constituição de 1988 terminou por conciliar as duas coisas, consagrando um sistema híbrido de controle da constitucionalidade das leis.

Este sistema, além de ser extremamente permeável a demandas e disforme nas respostas, pode ser provocado a comparar qualquer tipo de ato normativo com a Constituição. Nesse sentido, é importante notar que temos no Brasil três níveis de atividade normativa: atividade normativa *autônoma*, ou simplesmente reguladora, desempenhada pelo Poder Executivo nas matérias de sua competência, sem necessidade de participação do Parlamento; atividade normativa *normal*, ou simplesmente legislativa, desempenhada pelo Legislativo por iniciativa própria ou do Executivo na forma de leis ordinárias e/ou complementares; e atividade normativa *constituente*, ou simplesmente constitucional, por meio do conhecido processo de emendas constitucionais, que tem dominado nossa agenda política desde 1988²¹. Em face da peculiaridade do instrumento, talvez pudéssemos indicar como um

(20) Conforme o art. 103, podem propor ação direta de inconstitucionalidade: o presidente da República; as mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas; os governadores de estado; o procurador geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Não temos notícia de uma lista tão ampla no direito comparado.

(21) Essa dimensão da atividade normativa deveria ser excepcional. Entretanto, como mostra Couto, a agenda política nacional pós-1988 seguiu sendo uma "agenda constituinte" (Couto, Cláudio G. "A longa Constituinte: reforma do Estado e fluidez institucional no Brasil". *Dados*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 41(1), 1998, pp. 51-86).

quarto tipo de atividade normativa aquela desenvolvida por meio de medidas provisórias. Sua natureza especial decorre do fato de que são provisórias, carecendo de confirmação pelo Legislativo, mas têm força imediata de lei, o que dá ao presidente a oportunidade de exercer um tipo de atividade normativa a que poderíamos denominar *extraordinária*²².

A participação de cada um dos poderes nesses níveis de atividade normativa é diferenciada e várias são as formas de iniciação, tramitação e controle de leis e atos normativos. Embora seja possível formalizar os diversos caminhos e possibilidades da atividade normativa, para os limites deste trabalho é suficiente indicar que o Judiciário pode participar do controle dessa atividade em *todos os seus níveis e etapas*, e pela via difusa ou de ação direta perante o STF. O Judiciário pode controlar a legalidade e a constitucionalidade da atividade normativa *autônoma* ou reguladora do Executivo. Decretos da Presidência, portarias de ministérios e resoluções de órgãos como Banco Central e Conselho Monetário Nacional, que não necessitam de aprovação pelo Legislativo, têm sido levados à apreciação do STF. O Judiciário pode controlar a constitucionalidade da atividade normativa *normal*, legislativa ordinária ou complementar do Congresso, bem como aquela que denominamos *extraordinária*, efetivada por meio das medidas provisórias. Nesse nível, o Judiciário e seu órgão de cúpula têm sido chamados a intervir em todas as medidas legislativas de constitucionalidade duvidosa, não só no que diz respeito ao mérito mas também — o que ocorre freqüentemente com as MPs — quanto ao modo como vieram ao mundo. Por último, e sem dúvida o mais espetacular, até mesmo a atividade normativa *constituente*, por meio das emendas constitucionais, pode ser controlada pelo Judiciário também no que diz respeito ao mérito e ao modo de deliberação. Dois casos ilustram decisões importantes do STF nesse sentido.

Em 1993, a criação do Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras (IPMF) mediante emenda constitucional, respeitadas todas as regras de *quorum* e votação, foi considerada inconstitucional pelo STF. A vedação constitucional da cobrança de tributo "no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou" (art. 150, III, b) foi o motivo que levou o Congresso a instituir o novo imposto por meio de emenda constitucional. Não fosse a necessidade de cobrança imediata, a via ordinária teria sido a adotada. Em termos estritos, não houve nenhuma violação à Carta Magna. Apesar disso, o STF entendeu que aquele princípio constitucional consistia em um dos direitos e garantias individuais e, como tal, em uma *cláusula pétrea* da Constituição. Declarou inconstitucional a emenda do IPMF e no mesmo ato fixou um ponto *imutável* na nossa ordem jurídica. O segundo caso diz respeito à tramitação da reforma da previdência social no Congresso em 1996. O STF, acionado por partidos de esquerda sob a alegação de ter havido desrespeito ao Regimento Interno e à Constituição, viu-se obrigado a julgar preliminarmente sua própria competência para intervir ou não em assuntos internos do Congresso Nacional. Nove dos onze juízes concluíram que o STF poderia cuidar da

(22) Cf. Arantes, op. cit., cap. IV. Ver também Figueiredo e Limongi. "O Congresso e as medidas provisórias...", loc. cit.

observância das normas regimentais, tendo em vista princípios constitucionais. Embora quanto ao mérito os ministros tenham decidido liberar a tramitação da reforma, a decisão preliminar fixou o entendimento do tribunal de que ele pode controlar o processo de reformas da Constituição, inclusive no que diz respeito a questões *interna corporis* do Legislativo.

Em termos gerais, a procura pelo controle constitucional tem crescido em ritmo acentuado nos últimos anos. Trata-se de um sinal bastante claro de que nosso processo de liberalização política encontrou no Judiciário um forte aliado, em que pesem as dificuldades daí decorrentes para a governabilidade, em um contexto de grave crise econômica e institucionalização incipiente do sistema político democrático. Adotando a terminologia de Lijphart, nosso sistema de controle constitucional é um dos mais poderosos instrumentos de recurso contra decisões políticas majoritárias, reforçando ainda mais o perfil *consociativo* do nosso sistema político²³. Com essa engenharia institucional garantimos os direitos das minorias políticas mas com custos para a governabilidade, pois a dispersão de fontes de poder e as possibilidades institucionais de veto tornam o processo de tomada de decisão política uma *via crucis*, com todos os efeitos que essa analogia é capaz de sugerir.

Além das amplas possibilidades de controle da atividade normativa descritas acima, é importante lembrar que o Judiciário só se manifesta quando provocado por um agente externo. Ou seja, assim como em outros modelos, o Judiciário brasileiro é parte "passiva" nesse processo e permanece inerte até que a ação seja proposta. O fato é que também a parte "ativa", ou seja, quem tem o direito de iniciar a ação, mereceu profundas modificações a partir da Constituição de 1988. Primeiro, como vimos, houve uma ampliação considerável dos agentes legitimados para propor ações diretas de inconstitucionalidade. Segundo, pelo modo difuso, qualquer cidadão pode questionar na Justiça a constitucionalidade de um ato normativo no curso de uma demanda concreta, o que transforma, teoricamente, cada cidadão brasileiro em agente potencial do processo de liberalização. E, finalmente, o Ministério Público — uma instituição do próprio Estado — recebeu tratamento especial na nova Constituição, que lhe garantiu independência perante os demais poderes, ampliou significativamente suas atribuições e reforçou seu papel de agente provocador do Poder Judiciário, inclusive no que diz respeito às questões constitucionais²⁴.

Da mesma forma que os mecanismos judiciais disponíveis têm sido utilizados em busca da efetividade dos direitos constitucionais, a preocupação dos sucessivos governos desse período quanto aos efeitos desestabilizadores das intervenções judiciais no processo político cresceu na mesma proporção, e várias mudanças institucionais foram e têm sido tentadas no sentido de reformar o modo de participação do Judiciário. Uma delas foi a MP nº 173, que proibia a concessão de liminares em ações contrárias ao plano econômico do governo Collor. Um ano depois (1991), já longe do impacto político da posse e derrotado no combate à crise econômica, Collor passou a sugerir um conjunto de mudanças na Constituição. Entre doze

(23) Cf. Lijphart, Arend. *As democracias contemporâneas*. Lisboa: Gradiva, 1989.

(24) A escolha desse novo modelo de Ministério Público na Constituinte de 1987-88 é analisada por Fábio J. K. Nunes: *O Ministério Público e a Constituinte de 1987-88*. São Paulo: dissertação de mestrado, USP, 1998.

sugestões de reforma, na sua maioria versando sobre ajuste fiscal e desregulamentação da economia, figurava a reintrodução da *avocatória*, mecanismo existente no período autoritário que permitia ao STF chamar para si o julgamento de processos em curso nas instâncias inferiores que representassem perigo de grave lesão à ordem, saúde, segurança ou finanças públicas. No início de 1993, a Emenda Constitucional nº 3 criou a ação declaratória de constitucionalidade com efeito vinculante para as instâncias inferiores, concentrando mais poderes no STF e diminuindo os dos juízes singulares. Por fim, a MP nº 375 (24/11/93), editada no governo Itamar Franco, constrangeu a concessão de liminares nos julgamentos envolvendo interesses da União.

Tais expedientes, às vezes unilaterais por parte do Executivo, visaram diminuir o poder das instâncias inferiores do Judiciário e concentrar a competência de controle constitucional no STF, com intenção de desobstruir o processo de tomada e implementação de decisões políticas.

Nos últimos dez anos, praticamente todas as intervenções econômicas de maior impacto do governo provocaram ações na Justiça. O hibridismo de nosso sistema, entretanto, acarretou decisões judiciais demoradas e muitas vezes contraditórias. Questões como novos impostos, bloqueio de recursos em contas bancárias, mensalidades escolares, reajustes salariais, privatização de empresas estatais, entre outras tantas, ensejaram longas batalhas judiciais, fundadas em interpretações conflitantes da Constituição. De um lado, isso foi tomado como indicador do grau de liberalização do novo regime; de outro, o *modus operandi* do controle constitucional implicou custos para a governabilidade, notadamente a insegurança jurídica decorrente da descentralização das decisões judiciais e da falta de vinculação entre elas. Para se ter uma idéia, dos processos relativos a recursos extraordinários e agravos de instrumento entre 1991 e 1996, no STF, nada menos do que 84% foram repetições de casos já julgados pelo tribunal, ou seja, não teriam percorrido toda a estrutura judiciária até o Supremo se suas decisões tivessem efeito vinculante.

Essa experiência recente tem motivado propostas de reforma do Judiciário justamente no sentido de redefinir seu desenho institucional e seu papel político. Se efetivadas, produzirão também um novo equilíbrio de poderes, hoje exageradamente inclinado a favor das instâncias inferiores do Judiciário. Estamos nos referindo, em especial, às propostas de instituição do efeito vinculante das decisões do STF em matéria constitucional sobre as demais instâncias do Judiciário e à criação de um mecanismo que possibilite a transferência para o STF de processos envolvendo questões constitucionais relevantes em curso nas instâncias inferiores do Judiciário (conhecido como incidente de inconstitucionalidade).

Caso tais mudanças sejam efetivadas, o movimento de concentração do controle constitucional estará quase completo, com o STF sendo alçado à condição definitiva de corte constitucional. Dizemos "quase completo" porque esta corte ainda permanecerá na inconveniente posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, com as responsabilidades ordinárias daí decorrentes.

Conclusão

Liberalização e democratização, embora coincidindo em um mesmo processo, podem ser observadas em separado. Essa estratégia nos permite realçar o papel assumido pelas instituições judiciais na transição do regime autoritário para a democracia. Como demonstramos, quando o Judiciário é erguido à condição de guardião da Constituição nos tempos modernos, sua tarefa é originalmente liberalizante e só posteriormente foi incorporada ao elenco de valores também democráticos. Mais do que qualquer outra instituição política, o Judiciário encontra-se hoje na difícil posição de limitar as ações do Estado em contextos institucionais que se pretendem cada vez mais democráticos. Como a regra da maioria ainda é a principal forma de manifestação de vontade e decisão política, pode-se dizer que quanto mais democrático for esse contexto mais difícil será sustentar a missão liberalizante do Judiciário e do controle da constitucionalidade das leis. Entre nós, esse problema é agravado pela descentralização excessiva dos mecanismos de controle constitucional, o que nos possibilita um espetáculo épico de liberalismo, mas também uma tragicomédia de governabilidade.

Retomando as perspectivas críticas da poliarquia brasileira, da (in)efetividade do *rule of law* e da difícil governabilidade, entendemos que não se trata de pedir por mais Judiciário, como quer a primeira, nem de afastá-lo do processo político, como uma defesa normativa da segunda poderia supor. Uma alternativa a meio caminho seria remodelar o sistema de controle constitucional, concentrando essa competência em uma corte constitucional. De um lado, o princípio liberal do *rule of law* seria preservado com a existência de uma instância de recurso externa à esfera político-representativa. De outro, o princípio democrático-governativo encontraria na corte constitucional um adversário mais razoável, pela estatura de tribunal superior e pela força vinculante de sua interpretação da Constituição.

Os defensores do atual sistema híbrido afirmam que as instâncias inferiores do Judiciário julgam de modo favorável à sociedade, ao passo que o STF, por uma suposta falta de independência, julgaria de modo favorável ao governo. Na verdade, há indícios de que esse sistema não tem servido nem à sociedade nem ao governo. Segundo Castro, com base em amostra de processos julgados pelo STF em 1994, 75% das decisões do tribunal beneficiaram particulares e apenas 25% as autoridades públicas²⁵. Outro fato intrigante é o número irrisório de ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs). Introduzidas justamente para possibilitar a resolução direta e com efeito vinculante das demandas constitucionais, especialmente aquelas envolvendo o governo federal, apenas quatro ADCs foram apresentadas ao STF entre 1993 e 1997. Diante de inúmeras situações em que a ADC poderia ter sido utilizada nesse período e não foi, uma hipótese plausível é que os Poderes Executivo e Legislativo deixaram de utilizá-la por temer derrotas definitivas em pedidos de declaração de constitucionalidade de

(25) Castro, Marcus F. de. "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo: Anpocs, 12(34), junho de 1997.

suas próprias medidas. Ou seja, se o governo não tem no STF uma corte subserviente, como se alega, e a sociedade arca com os custos de sustentar demandas individuais pelo modo difuso até a decisão final, não faz sentido opor-se ao modo concentrado, que poderia resolver os litígios no atacado. De qualquer modo, como reformas institucionais não podem se basear em argumentos casuísticos, é razoável que a concentração do controle constitucional no STF venha acompanhada de uma revisão na forma de seleção de seus ministros, talvez amparando-se no exemplo das cortes constitucionais européias.

Em resumo, era mesmo de se esperar que um mecanismo originalmente pensado para a defesa dos direitos individuais, notadamente a propriedade privada, contra a tirania da maioria produzisse uma certa desestabilização de governos e suas maiorias políticas, mas consideramos ser possível dosar melhor esse remédio liberal para males da democracia. Nesse sentido, a concentração da competência de controle constitucional no STF, por meio do efeito vinculante de suas decisões, poderia significar: uma racionalização do sistema de controle constitucional, sem perda de sua função liberal de proteção de direitos individuais, como aliás ocorre em todas as experiências internacionais conhecidas; uma valorização do jogo político e da democracia contra a tendência atual de judicialização dos conflitos políticos; um novo balanceamento da relação entre os poderes, hoje inclinado a favor das instâncias inferiores do Judiciário; e uma valorização de seu órgão de cúpula, o que nos levaria conseqüentemente a repensar a forma de investidura no cargo de ministro do STF.

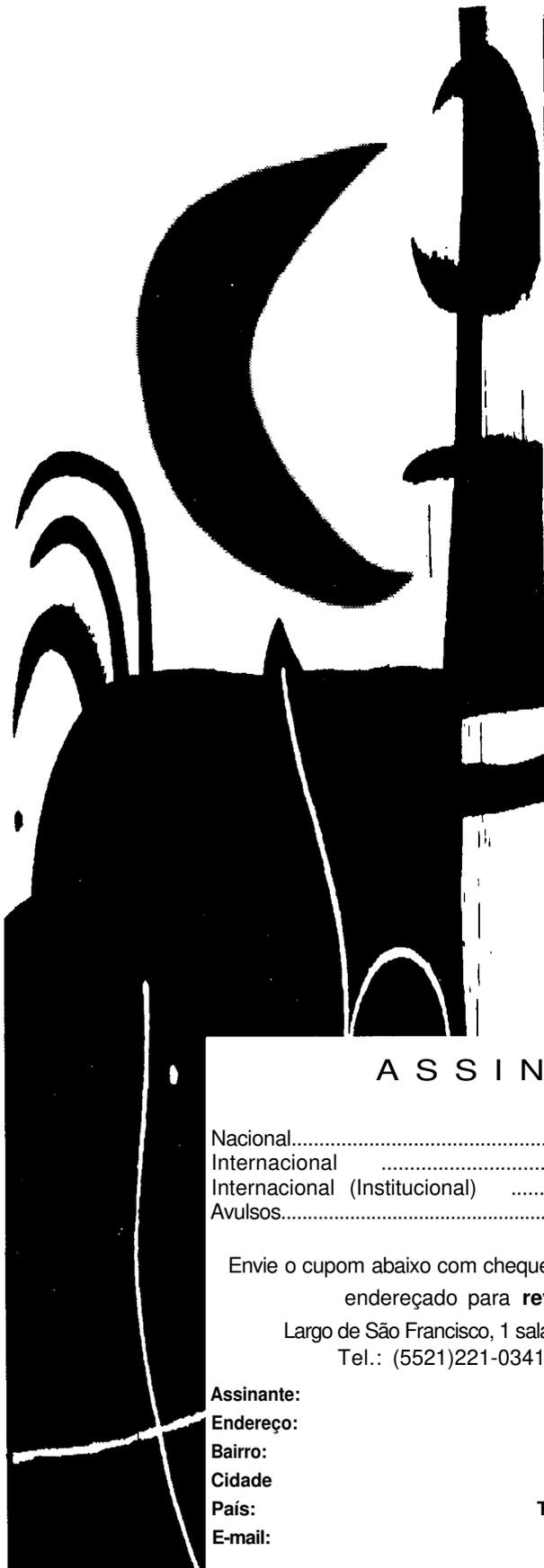
Finalizando, é importante lembrar que no mundo temos Estado democrático sem Constituição escrita, temos Estados democráticos com Constituição escrita sem que seja permitida a intervenção do Judiciário no processo político, temos Estados com Constituição escrita e mecanismos razoáveis de proteção dos direitos individuais fixados constitucionalmente. Só não temos Estados constitucionais exclusivamente liberais e que sejam reconhecidos como legítimos. Na verdade, a legitimidade desse tipo de Estado não sobreviveu ao século XIX, pois a democratização política solapou seus fundamentos, inclusive aqueles remédios exagerados que ele usava contra os riscos da tirania democrática da maioria.

Recebido para publicação em
7 de junho de 1999.

Rogério Bastos Arantes é professor da PUC-SP e pesquisador do Idesp. Fábio Kerche é pesquisador do Idesp.

Novos Estudos
CEBRAP

N.º 54, julho 1999
pp. 27-41



revista estudos feministas

revista estudos feministas

é uma revista acadêmica, de caráter pluridisciplinar, que tem por objetivo ampliar o campo dos estudos de gênero no Brasil.

revista estudos feministas

é um projeto coletivo da comunidade acadêmica e um canal de expressão do movimento feminista. **Necessitamos de apoio.** As doações beneficiam-se da Lei Rouanet, Informe-se!

revista estudos feministas

é semestral (junho e novembro) e está aberta a colaborações na forma de artigos, resenhas, ensaios e dossiês. Informações de interesse geral sobre o tema serão divulgadas na rubrica agenda.

números disponíveis

tomo 8	vol.3	n.2/95
tomo 9	vol.4	n.1/96
tomo10	vol.4	n.2/96
tomo11	vol.5	n.1/97
tomo12	vol.5	n.2/97
tomo13	vol.6	n.1/98
tomo14	vol.6	n.2/98

A S S I N A T U R A (ANUAL)

2 números

Nacional.....	R\$	40,00
Internacional	U\$	40,00
Internacional (Institucional)	U\$	60,00
Avulsos.....	R\$	22,00

Envie o cupom abaixo com cheque nominal à **Fundação Universitária José Bonifácio**,
endereço para **revista estudos feministas IFCS/UFRJ**

Largo de São Francisco, 1 sala 427 Centro 20051 070 - Rio de Janeiro - RJ Brasil
Tel.: (5521)221-0341 r.403/507-4084 Fax: (5521)221-1470

Assinante:

Endereço:

Bairro:

Cidade

País:

E-mail:

Estado:

Telefone DDI:

CEP:

Fax: