

CONTEXTO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS PRECEDENTES POLÍTICOS, JURÍDICOS E SOCIAIS: DISPOSITIVO JURÍDICO COM EFEITOS POLÍTICOS¹

HISTORICAL CONTEXT OF THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND ITS POLITICAL, LEGAL AND SOCIAL PRECEDENTS: LEGAL DEVICE WITH POLITICAL EFFECTS

Décio Vieira da Rocha²

SUMÁRIO: Introdução; 1. A disputa entre Madison e Marbury: federalistas e republicanos na disputa pela formação democrática americana; 2. Sistemas de controle constitucional como contribuição as democracias modernas; 3. Sistemas "difuso" e "concentrado" de constitucionalidade das leis: alguns aspectos jurídicos e políticos e sua influência sobre a formação democrática; 3.1. Expansão do sistema "difuso" e suas consequências; 3.2. O sistema "concentrado" (modelo austríaco) como influenciador da formação dos tribunais constitucionais na Europa; 4. Aumento do poder de influência dos tribunais como consequência do avanço dos processos de democratização; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

Este artigo visa introduzir os precedentes históricos, políticos e sócio jurídicos que culminaram na formação dos modelos de controle de constitucionalidade (*Judicial Review*). Dessa forma, a primeira seção busca expor alguns precedentes históricos de formação do controle de constitucionalidade e conseqüentemente como tal dispositivo tem sido um dos mais eminentes meios de desenvolvimento de contextos democráticos. Procuramos assim, mostrar como o *Judicial Review* tem contribuído em grande parte para o desenvolvimento do Direito Constitucional e da Ciência Política moderna. Na segunda seção busca-se analisar como tal sistema contribui para o aumento da presença do Poder Judiciário nas diversas instâncias políticas (o chamado processo de judicialização da política), fazendo com que o jogo de interesses entre os diversos atores políticos

¹ Este artigo apresenta uma versão parcial de minha dissertação de mestrado. Esse trabalho contou com o financiamento da FAPERJ.

² Doutorando em Ciência Política pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos- IESP/UERJ. Rio de Janeiro-RJ, Brasil. E-mail- deciovrocha@hotmail.com.

envolvidos passe a ser considerado na disputa pela aprovação de dispositivos normativos e políticas públicas. E por fim, buscamos sintetizar como esses dispositivos contribuem para o processo decisório moderno.

Palavras-Chave: *Judicial Review*; Constitucionalismo Moderno; Expansão do judiciário; Acesso à justiça.

ABSTRACT

This paper aims to introduce historical precedents, political and legal partner that culminate in the formation of Judicial Review. Thus, the first section seeks to expose some historical precedents training of judicial review and therefore as such device has been one of the most prominent means of developing democratic contexts. So we try to show how the Judicial Review has contributed largely to the development of constitutional law and modern Science Policy. The second section seeks to analyze how such a system contributes to the increased presence of the judiciary in the various political bodies (the so-called process of juridification of politics), making the game of interests between the different political actors involved pass to be considered in contention for the approval of regulatory provisions and public policy. Finally, we seek to summarize how these devices contribute to modern making-decision process.

Keywords: *Judicial Review; Modern Constitutionalism; Judiciary expansion; Justice access.*

INTRODUÇÃO

A visão atual de que a Constituição é soberana sobre todos os atos e dispositivos normativos aprovados dentro de um determinado território domina o discurso em torno das ações dos agentes políticos e é parte integrante do desenvolvimento tanto do campo do Direito Constitucional quanto da Ciência Política. Dessa forma, o *Judicial Review* cria força vinculante a todos os atos e dispositivos que regulam políticas públicas, competição política e a vida social³.

A Constituição ocupa o ponto mais alto na hierarquia jurídica, visto que é ela quem rege todos os demais campos do Direito. Assim sendo, ela produz efeitos normativos sobre todas as decisões e dispositivos legais que são criados. Se um

³ MENDES, Gilmar. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf>. Brasília. 2014, p.2.

dispositivo aprovado entra em desacordo com a Constituição, produz efeitos de redução de sua supremacia. Sendo assim a Constituição se reveste de uma rigidez necessária a sua proteção e manutenção que pressupõe de pronto controle.

Dessa forma, é a Constituição um princípio que deve ser seguido como caráter fundamental aos aspectos normativos dos quais se quer chegar. Ela é quem deve apontar os caminhos que podem ser trilhados. Toda essa rigidez e disposição têm sido criadas ao longo de tempos com a intenção de proteção aos direitos individuais e de minorias contra possíveis majorias que se formam em determinados períodos de tempos e que podem atentar em seu favor, contra os direitos de grupos que não estejam organizados ou que estejam distantes do acesso aos meios de poder⁴.

Em algumas oportunidades, uma maioria legislativa ou mesmo alguns tipos de ação tomados em um determinado período, podem produzir dispositivos legais que estejam em desacordo com determinados modos ou grupos, podendo como consequência trazer danos materiais a esses indivíduos (um exemplo disso pode ser uma lei que inclua taxas sobre compras feitas com cartão de crédito, onerando assim o consumidor em geral e indo contrária a código de consumidor).

Por isso mesmo, a rigidez constitucional e o processo de controle dos dispositivos se torna tão necessário e contribui assim para que o processo democrático possa produzir remédios a possíveis problemas criados por eles mesmos. O controle constitucional se torna então um dispositivo democrático, para possíveis males que a própria democracia pode produzir.

A ideia de controle de constitucionalidade vai se colocando a fatos materialmente normativos, ou seja, que disciplinam condutas e tornam-se de caráter geral e

⁴ Ver BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6º edição, revisada e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2012, p 18.

abstrato⁵. Com isso, leis aprovadas pelos legislativos, atos editados pelo executivo e também atos do judiciário (como os regimentos internos dos tribunais) podem ser passíveis de controle.

A declaração de inconstitucionalidade se torna assim um ato que garante a supremacia constitucional e sua validade no plano social e jurídico dando caráter declaratório e retomando a situação preexistente. Assim que se classifica determinado dispositivo legal como inconstitucional, produz-se um feito retroativo a data de aprovação do mesmo, tornando todas as ações baseadas neste invalidadas e obrigando-os a tornar a situação anterior. O controle constitucional produz efeitos práticos e diretos forçando uma reorganização dos agentes que se baseavam em determinado dispositivo.

O desenvolvimento do *Judicial Review* tem na Ciência Política uma das principais bases de formação visto que foi em uma disputa de formação do sistema político norte-americano que surge pela primeira vez a ideia de contestação de dispositivos normativos que estivessem na contramão do processo constitucional. Com o famoso caso Madison a competição política pela organização do então sistema político americano se tornou um ponto central no entendimento sobre o dever do Judiciário como um salvaguarda constitucional, assim como também da atual visão da Constituição como o ponto mais alto na hierarquia jurídica, devendo todos os outros campos jurídicos estarem atentos aos princípios constitucionais para que possam agir de forma regulada.

1. A DISPUTA ENTRE MADISON E MARBURY: FEDERALISTAS E REPUBLICANOS NA DISPUTA PELA FORMAÇÃO DEMOCRÁTICA AMERICANA

Conhecido como o famoso caso Madison, e um dos principais enredos que levaram a um desfecho que é hoje ponto de partida para a compreensão do

⁵ CAPPELLETTI, M. . **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 11.

controle constitucional nos mais diversos contextos, o caso Madison contra Malbury é parte indispensável dos precedentes históricos do *Judicial Review*⁶.

No final do ano de 1800 quando o então presidente John Adams⁷ foi derrotado nas eleições, tanto para o Legislativo quanto no Executivo pela oposição republicana que elegeu Thomas Jefferson como Presidente, seus aliados federalistas começaram a pensar em uma forma de manter os atos que tinham criado. E uma forma de fazê-lo foi através do Poder Judiciário. Assim, ao final do mandato de John Adams, os federalistas, que ainda eram maioria no Congresso, se uniram a ele para aprovar meios de se manter como parte do processo decisório.

Com isso, em 13 de fevereiro de 1801 foram aprovadas uma série de medidas que tinham como foco uma reorganização do Judiciário: a) redução do número de Ministros da Suprema Corte, com o objetivo exclusivo impedir que o novo presidente pudesse fazer nomeações quando entrasse, e b) criação de 16 novos cargos de Juiz Federal sendo todos ocupados por federalistas aliados de John Adams.

Poucos dias depois, mais uma nova lei surge com a intenção de aumento da influência de Adams e seus aliados. Em 27 de fevereiro de 1801 surge o *the Organic Act of the District of Columbia* que outorgava ao Presidente o poder de nomear quarenta e dois juízes de paz, que tiveram seus nomes confirmados pelo Senado em 3 de Março, faltando apenas um dia para a posse de Thomas Jefferson. Logo que aprovados, as nomeações foram assinadas por Adams ficando ao cargo de John Marshal, seu então Secretário de Estado encarregado de entregar aos respectivos nomeados.

Daí se desenrola todo o problema, visto que com apenas um dia para a entrega das nomeações a todos juízes de paz, muitos acabaram por ficar sem receber a carta de investidura do cargo. Seguindo o cronograma, Thomas Jefferson

⁶ O caso que se segue pode ser analisado na íntegra em BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2012, p 19.

⁷ Segundo presidente dos Estados Unidos da América, eleito para o mandato de 1797 a 1801.

assumiu e fez com que seu então Secretário de Estado, James Madison não entregasse as cartas de nomeação aos que não as haviam recebido ainda.

Um dos juízes de paz nomeados que foram impedidos de assumir, William Marbury, entrou com ação judicial para que pudesse assegurar seu direito ao cargo ao qual foi nomeado. Ele o fez com base em uma lei de 1789 (*The Judiciary Act*) que outorgava à Corte Suprema a competência de julgar e processar assuntos dessa natureza. Porém, como o processo foi iniciado em dezembro de 1801 a Corte deixou para julgar o caso apenas em 1802. Nesse ano, o Congresso, que nesse momento possuía maioria republicana (partido de Jefferson), revogou a lei de reorganização do Judiciário aprovada em 1801 pelos federalistas e como consequência disso extinguiu todos os cargos que haviam sido criados anteriormente, destituindo assim seus ocupantes. Na intenção de que não pudesse haver contestação a essa decisão na Corte Suprema, o Congresso conquistou apoio para suspender a sessão da Corte em 1802, deixando assim que a corte ficasse sem sessão de dezembro de 1801 a fevereiro de 1803.

O clima político foi agravado pela grande tensão instaurada entre situação e oposição devido à sinalização de Thomas Jefferson de não considerar legítimas as decisões da Corte Suprema que pudessem obrigar o Poder Executivo a entregar os atos de investidura dos cargos dos juízes que já haviam sido nomeados.

Outro motivo de tensão se devia a um *impeachment* de um juiz federal deflagrado por uma ação política advinda da Câmara, o que abria precedente para que tal ato pudesse se estender até os juízes da Corte Suprema. Diante de todo esse atrito político a Corte iria se reunir em 1803 com a necessidade de dar um parecer sobre o caso *Malbury vs. Madison*.

O julgamento do caso ficou a cargo do juiz John Marshall e foi histórico justamente por ter sido o primeiro caso em que uma Corte julgou um dispositivo de outro Poder com base no princípio constitucional, embora a Corte Suprema americana e nenhum outro órgão público possuísse essa prerrogativa de forma declarada e exposta na Constituição.

Porém, Marshall utilizou-se de uma argumentação baseado em princípios lógicos para desenvolver a ideia do *Judicial Review* e de proporcionar ao Judiciário a competência sobre a decisão nesse caso. Embora Hamilton, um dos principais federalistas que tinha grande preocupação com a autonomia do Poder Judiciário frente aos demais poderes, já tivesse exposto pontos teóricos nos Artigos Federalistas (principalmente em seu artigo 78 em que expõe os juízes como guardiões da Constituição), foi a partir desse caso concreto que se abriu os pressupostos americanos para dar base ao controle constitucional.

A lei de 1789 em que se baseou *Malbury* criava uma competência de poder a Corte Suprema agir nesse caso, porém ia na contramão do que estava previsto no §3º da Constituição Federal. Marshall desenvolveu a ideia principalmente no sentido de que o Judiciário só poderia fazer com que o Executivo agisse em casos em que a Constituição o fizesse e considerou que o pedido de *Malbury* não devia ser feito a Corte uma vez que era inconstitucional a Corte decidir sobre questões políticas do Poder Executivo. A Corte só poderia fazê-lo no caso de haver uma condição expressa na Constituição e que havendo uma divergência entre a lei e a Constituição, a última deveria se sobrepôr a primeira pelo fato de ser suprema às vontades políticas.

Com isso, Marshall deu um importante passo na história do processo constitucional que foi estabelecer que uma lei que se jogue inconstitucional perante a legislação máxima de um país possa ser anulada pela Corte Suprema, fortalecendo a supremacia da Constituição perante dispositivos normativos aprovados por agentes políticos.

Dessa sequência lógica, produziu-se então pela primeira vez a ideia de que em matéria de validade constitucional o órgão responsável por dar a última palavra fica a cargo da Corte Suprema pelo fato de ser o poder que possui maior autonomia (por ser um órgão que não necessita de eleição para se formar) frente aos outros. O Poder Judiciário torna-se, a partir daí, o salvaguarda da Constituição.

Tal caso se celebrou por ter sido a primeira vez que o Poder Judiciário declarou a possibilidade de não aplicabilidade de leis que fossem consideradas

inconstitucionais. A decisão de Marshall teve várias críticas, e muitos consideraram haver grandes falhas nela. Em primeiro lugar por ele ter sido Secretário de John Adams a época da aprovação e nomeação dos juízes e ter sido ele próprio quem deixou de entregar a investidura a Malbury na data o afastaria diretamente de ser o relator do caso (Marshall à época era Presidente da Corte Suprema). Outros meios podiam ter sido tomados ao invés dessa decisão como apenas dizer que a investidura no cargo só poderia acontecer com a diplomação pelo Executivo.

Interessante salientar que todos esses fatos ocorreram em um momento de grande agitação política onde o processo democrático americano ainda era fruto de discussão entre os diversos agentes políticos que tinham influência sobre a formação da democracia e do modelo de país que almejavam. Assim, Thomas Jefferson e seus aliados republicanos não aceitariam de forma amigável tal decisão se não fosse de certa forma favorável a eles.

Com tal decisão, Marshall projetou a ideia de que os tribunais dão sempre a última palavra em matéria constitucional e como consequência disso, objetivou a conquista de maior força aos tribunais sobre decisões que incluíssem obrigar os outros poderes a estarem subjugados as decisões dos tribunais.

Na sequência lógica dessa decisão, a Suprema Corte passou a ter legitimidade para agir também contra atos e legislações no âmbito dos estados que ferissem os princípios da legislação de Direito Constitucional instituída pela Federação. Embora se tenha criado tal precedente, apenas 50 anos após tal decisão é que a Suprema Corte passou novamente a considerar como inconstitucional uma lei sobre a escravidão, que dessa vez acabou gerando faíscas para a Guerra Civil que viria a se iniciar em 1861.

Os grandes atritos políticos que a conjuntura americana agregava deram força para que tal decisão pudesse ser tomada, consolidando-se até os dias atuais como principal precursora do chamado Constitucionalismo Moderno. Tal fato veio a influenciar grande parte dos modelos constitucionais e a formação de tribunais e modelos políticos que podemos visualizar atualmente incluindo o modelo brasileiro que teve grande foco no controle difuso por tanto tempo.

Dessa forma, o controle constitucional ficou conhecido como uma contribuição americana à Ciência Política e também a outros países que passaram a basear seu sistema de controle de modo similar ao americano. Sendo assim, os EUA deram início a uma era do que chamamos constitucionalismo, que produz uma Constituição rígida e suprema em relação aos diversos dispositivos e leis ordinárias que são aprovadas⁸.

Com uma discussão que perpassa a questão que diz respeito de que ou a Constituição se sobrepõe aos atos legislativos que com ela contrastam ou o poder legislativo pode muda-la através de lei ordinária. Dessa forma, ou a constituição é considerada rígida, fundamental e superior, ou ela deve ser pareada com os atos legislativos e por isso pode ser alterada com o andamento dos atos deste.

Como já demonstrado, os EUA adotaram a ideia de um constitucionalismo democrático, dando a Constituição uma escala hierárquica onde essa se demonstra superior a todos os outros atos que sejam produzidos. Qualquer ato para que seja considerado validado, ou seja, constitucional, deve estar de acordo com os princípios estabelecidos.

Vê-se assim claramente que a formação de modelos jurídicos e constitucionais, passam pela importância da distribuição e competição pelo poder nos diversos ordenamentos políticos, demonstrando assim que de acordo com o modelo político estabelecido, tem-se um modelo jurídico que acompanha.

Exemplo disso é o caso brasileiro que na Constituição de 1988 estabeleceu diversas formas de controle jurídico, visto a necessidade de se dar possibilidades a uma sociedade que sempre foi marcada pela desigualdade de condições e com um sistema político que optou muitas vezes por excluir grande parte da população da tomada de decisão sobre questões importantes.

⁸ Relação feita por CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 1984, p. 56.

2. SISTEMAS DE CONTROLE CONSTITUCIONAL COMO CONTRIBUIÇÃO AS DEMOCRACIAS MODERNAS

Em vários países há diversos dispositivos e órgãos que tem como objetivo o controle jurisdicional e constitucional seja de leis, de atos ou de atribuições de competências entre os agentes políticos. Dessa forma, os controles constitucionais devem ser vistos em sua forma funcional, ou seja, em sua garantia de preceitos constitucionais que respeitem ao indivíduo e a seus direitos. O controle judicial deve ser o produtor da legitimidade constitucional dos dispositivos legais aprovados. Mauro Cappelletti infere que a análise sobre o controle constitucional deve ser feita com base em sistemas de controle que sejam confiados exclusivamente a órgãos judiciais⁹.

Obter observações sobre os sistemas de controles confiados a órgão judiciais produz uma análise mais criteriosa e dividida entre sistemas que tem um controle jurídico sobre seus dispositivos legais aprovados e sistemas que possuem um controle político.

Assim, podemos analisar como forma de controle político e não estritamente jurisdicional o sistema de controle francês que tem como característica ser um controle preventivo, isso porque ele é feito antes que a lei seja aprovada e não depois como é feito nos sistemas que são controlados por órgão judiciais.

O sistema francês, estabelece que tal controle deve ser feito por seu *Conseil constitutionnel*. Esse *Conseil constitutionnel* é composto dos ex-presidentes da República e outros nove membros, três dos quais nomeados pelo presidente da República, três, pelo presidente da Assembleia Nacional, e três, pelo presidente do Senado. Esse *Conseil* é responsável por analisar as leis advindas do legislativo quando prontas, mas ainda não promulgadas e assim analisar sua conformidade com os preceitos fundamentais da Constituição.

Dessa forma, esse dispositivo francês não se fixa necessariamente como um controle da legitimidade constitucional uma vez que ele não tem a pretensão de

⁹ CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 1984, p. 26.

analisar se uma lei é válida ou não e sim como um ato que produz um parecer vinculatório e que, portanto vem a se inserir no próprio processo de formação da lei e por isso mesmo acaba assumindo assim a mesma natureza do processo de produção do dispositivo legal¹⁰.

Todo esse formato de controle formulado na França é advindo principalmente de suas ideologias e processos revolucionários pelos quais o país passou e que por isso foram teorizadas, principalmente com Rousseau (1712-1778) e Montesquieu (1689-1755) que defendiam a onipotência da lei e principalmente a igualdade total dos cidadãos perante a lei garantida por uma rígida separação de poderes. Se a constituição é vista como produzida por uma determinada “vontade geral” captada e produzida pelo legislativo, cabe ao judiciário apenas o dever de aplicar aos casos concretos o texto de lei, de forma puramente mecânica de acordo com o que manda os preceitos legais.

Tal diferenciação tão contrastante entre o modelo francês e o modelo americano quanto aos meios que compuseram seu processo constitucional é basicamente pelo fato histórico de que a França, utilizando-se de uma plataforma liberal tinha como principal objetivo a proposta de derrubada dos regimes de monarquias absolutistas vigentes no país há tempos.

Para isso, as principais medidas foram o esvaziamento do Poder Executivo em contraste com o aumento do corpo legislativo que deveria ser na concepção liberal francesa a principal fonte de emanção da vontade e soberania popular¹¹. Note-se com isso que também o Judiciário acabou por sofrer essas sanções ficando como parte aplicadora da legislação vigente, sem ter força para influir no processo de produção legislativa.

Apenas com a reforma de 23 de julho de 2008 é que o Conselho Constitucional deixou de ter caráter apenas preventivo para se dotar também como controle repressivo de constitucionalidade das leis promulgadas e em vigor, sempre que

¹⁰ CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p 31.

¹¹ **ARANTES**, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: AVELAR, Lúcia & Cintra, Antônio Octávio (Org). Sistema Político brasileiro: uma introdução. Konrad Adenauer, Ed UNESP. 2004. P.79-108, p.81.

for levantada em processo judicial ou administrativo a questão prioritária de constitucionalidade, conhecido como QPC¹². O QPC introduziu a possibilidade de quando reclamado por uma parte em um processo judicial, algum dispositivo normativo que tenha passado pelo controle preventivo e que mesmo assim viole algum direito constitucional.

Quando reclamado a um tribunal, este deve analisar a pertinência da questão prioritária de constitucionalidade e só então enviar ao Conselho Constitucional. Se o Conselho entende que a legislação impugnada é de fato incompatível com a constituição, ele a revoga retirando de vez do sistema jurídico francês e tendo vínculo obrigatório direto a todos agentes políticos, administrativos e judiciais.

Essa reforma trouxe sem dúvida, maior poder de contestação a indivíduos que são parte em processos legais e compreendem que determinados atos normativos e legislação esteja em desacordo com princípios constitucionais estabelecidos.

Diferentemente, nos EUA que ainda era uma democracia recente e sem uma história de governos aristocráticos, o processo de produção legislativa contou com mais tipos de controles na intenção de frear os desejos dos legisladores. Nos *Artigos Federalistas* havia uma grande preocupação com as possibilidades de que a democracia pudesse vir a se tornar uma tirania de um ou de muitos.

Para os formuladores constituintes americanos havia a possibilidade de que além da tirania de um apenas, o governo eletivo da maioria pudesse se tornar parte integrante do conceito de governo tirânico. Por reconhecer que os poderes políticos necessitavam de controles, não deram ao parlamento uma maior supremacia como no modelo francês, e dotaram o Judiciário de maior autonomia, como pode ser visto na passagem a seguir:

Governar implica o poder de baixar leis. É essencial a ideia de uma lei que ela seja respaldada por uma sanção ou, em outras palavras, uma penalidade ou punição pela

¹² Ver CUNHAJÚNIOR, Dirley da. **O Controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da reforma constitucional de 23 de julho de 2008**. Revista Bonijuris, v. 23, p. 23-27, 2011, p.24.

desobediência. (...) Essa penalidade, qualquer que seja somente pode ser aplicada de duas maneiras: pelos tribunais ou ministros da justiça ou pela força militar; (...) A primeira [forma de aplicação] só pode evidentemente incidir sobre indivíduos; a outra recairá necessariamente sobre grupos políticos, comunidades ou Estados. (...) ¹³.

Com essa passagem, fica assegurada a autoridade dos tribunais em agir de forma autônoma sobre todos os que corrompem a legislação do país, sejam indivíduos ou grupos políticos. Por ser uma democracia que começava a se formar, e que tinha lutado contra a autoridade, representada na monarquia inglesa, havia muita desconfiança dos formuladores e em consequência disso bastante cautela na formulação do texto Constitucional. Baseando-se no fato de que o governo era necessário para que fosse assegurada a convivência e os direitos individuais, também se faziam necessários remédios republicanos para os males que a própria democracia ocasionava criar. Em outra passagem bastante famosa dos *Artigos Federalista* Madison expõe:

Mas o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos ¹⁴.

Tal passagem é importante a ser exposta aqui, visto que nesse trecho há claramente a exposição sobre a íntima relação que se cria no constitucionalismo moderno sobre leis e processo político, sendo assim complementares e forma de criar freios sobre a competição política, tão acirrada no EUA no período de formulação constitucional.

Partindo de pressupostos históricos diferenciados, França e EUA, outorgaram também pesos diferenciados a seus parlamentos, ficando assim o primeiro com o estabelecimento da supremacia do parlamento enquanto o segundo estabeleceu

¹³ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos Federalistas**. Apresentação: Isaac Kramnick; tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p.161.

¹⁴ **MADISON**, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos Federalistas**. Apresentação: Isaac Kramnick; tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 1993, p350.

diversos controles a este¹⁵ (refletindo também na formação do controle judicial das leis que cada um produziu, influenciando os modelos que começaram a ser implantados em todo mundo mais tarde).

Frente aos governos populares que aumentavam nos EUA o Poder Judiciário passou a ter a condição também de poder político em que pesando a supremacia dos direitos individuais, os tribunais passaram a ter legitimidade de decidir sobre disputas entre governo e cidadão, em especial quanto a questões que diziam respeito à propriedade.

Esse ponto é de bastante relevância uma vez que atribuindo ao Poder Judiciário a condição de poder político, justamente pela capacidade e legitimidade que este adquiriu de controlador de atos normativos dos demais poderes, principalmente sobre as legislações produzidas, este passa a ter papel central no processo de competição política.

Tendo a possibilidade de estabelecer o *Judicial Review*, ou seja, dar parecer sobre todos os atos ordinários produzidos pelos legisladores, os tribunais passam a ser inserir em um importante lugar do fazer político que é o processo decisório. Com a delegação de decisão última sobre assuntos constitucionais, os tribunais passam assim a possuir capacidade decisória sobre a produção das leis e consequentemente interferir em comportamentos e políticas públicas.

Daí decorre a principal diferença entre França e EUA, que é o grau de delegação, ou de não delegação, que proporcionam a seus magistrados. Na França, como dito, não há delegação de poder aos magistrados e como consequências disso os tribunais não desempenham papel político importante no processo decisório.

Diferentemente do que ocorre no EUA em que os tribunais comuns podem decidir sobre assuntos diversos que vão desde um simples processo de direito do

¹⁵ A produção de controles aos legisladores norte americanos decorreu em grande parte por um cenário de problemas econômicos e sociais pelo qual passaram várias das ex-colônias inglesas no período de 1776. Em determinado momento diversas casas legislativas locais começaram a anistiar agricultores falidos das dívidas que possuíam, anulando muitas vezes decisões judiciais que davam pareceres favoráveis aos credores. Por essa generalização de arbitrariedade nas decisões de diversos legislativos locais, os constituintes passaram a olhar os legisladores com mais desconfiança, produzindo assim os diversos freios ao parlamento. Para ver mais detalhadamente a esse respeito, ver apresentação de Isaac Kramnick 1993, p1-86.

consumidor até obrigar que o Executivo repasse verbas para uma determinada área, causando influência direta sobre os governos.

Tais distinções entre os dois modelos são decorrentes de uma ampla discussão que perpassou toda a teoria política sobre como deveria ser o peso na balança entre liberdade e igualdade. Essa problemática vem de alguma forma colocada na discussão em que Alex de Tocqueville¹⁶ se debruçou para pensar sobre as dificuldades de se ter liberdade e igualdade sem que a igualdade viesse a destruir a liberdade.

Para a filosofia política corrente, uma era intrínseca à outra, mas Tocqueville identifica nesse binário a possibilidade de uma homogeneização social vir destruir as liberdades individuais. Então se pode perceber que igualdade e liberdade para ele são faces diferentes de uma mesma moeda.

A democracia visada depende do balanceamento da relação entre igualdade e liberdade para que a nação seja realmente livre. Assim, França baseou-se mais em um sistema de "vontade geral" onde o Parlamento tem supremacia para decidir sobre o melhor no sentido de igualdade (tal modelo jurídico é também bastante conhecido como *Civil Law* uma vez que se baseia exclusivamente em um modelo de sociedade a que se quer chegar).

EUA baseando-se mais em um modelo de proteção da propriedade deu força ao Judiciário para que decidisse sobre assuntos que iam contra as liberdades individuais (aqui, um modelo jurídico conhecido como *Common Law*, baseado em um direito consuetudinário, ou seja, que dá um maior protagonismo ao direito baseado nos costumes, garantindo assim as liberdades)¹⁷. Para Tocqueville, esse

¹⁶ TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América. Volume I**. Companhia Editora Nacional. São Paulo. 1969, p539.

¹⁷ Nessa diferenciação entre os dois modelos, os países que são ligados ao modelo de chamado *Common Law* (EUA, Canadá, Índia e Inglaterra) tem nos tribunais as decisões sobre casos chamados *vacantes* e que assim criam precedentes e jurisprudência para casos da mesma natureza tornando-se vinculantes. Já no *Civil Law* (modelo adotado pelo Brasil) prevalece sempre o texto do legislador, fazendo com que o Juiz tenha que se adequar a ele. Importante observar que em alguns casos pode haver decisões baseadas em precedentes, como foi no Brasil a decisão do Conselho Nacional de Justiça sobre as uniões estáveis entre homossexuais, mas não acontece sempre e ainda assim tal jurisprudência carece de resposta respaldo do legislador.

binômio entre liberdade e igualdade foi mais bem condensado nos EUA do que na França.

A maior independência do Judiciário e a possibilidade de dar a palavra final em casos litigantes fez com que a democracia americana conseguisse resolver de forma mais amena os grandes conflitos que vinham ocorrendo.

Essa disputa constante entre delegar ou não delegar poder ao Judiciário, estabeleceu precedentes que foram seguidos em maior ou menor medida por diversas democracias com a grande expansão que o Judiciário obteve no século XX.

Questões relativas à economia, direitos civis e sociais que foram tão marcantes no século XX foram tratados com mais proximidade pelos diversos tribunais que passaram a ter legitimidade em Constituições mais rígidas do que as que foram produzidas no século XIX na Europa.

3. SISTEMAS "DIFUSO" E "CONCENTRADO" DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS: ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS E POLÍTICOS E SUA INFLUÊNCIA SOBRE A FORMAÇÃO DEMOCRÁTICA

3.1. EXPANSÃO DO SISTEMA "DIFUSO" E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O célebre julgamento do caso *Marbury x Madison* onde uma Corte produziu um julgamento decretando inconstitucionalidade de uma lei produzida por outros órgãos propiciou a legitimidade e expansão desse modelo, conhecido hoje como "difuso", a todo o sistema americano e como consequência passou a influenciar diversos países que foram colônias inglesas, principalmente Canadá, Austrália e Índia. Capelletti, 1984 define assim esse modelo:

Sistema difuso, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência¹⁸.

¹⁸ CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p, 67.

Nesse sistema todos os juízes têm a possibilidade, e também o dever, de aplicar inconstitucionalidade a casos concretos de danos ao indivíduo, pois se a Constituição é a lei máxima que rege todo ordenamento social de um país, e sendo dever do juiz aplicar a lei, todos os juízes de tribunais estaduais ou federais tem o direito a aplicabilidade de controle.

Podemos citar como exemplos do sistema americano à época do "*New Deal*", plano econômico criado por Roosevelt em que a Suprema Corte anulou vários dispositivos legais propostos pelo presidente e aprovados pelo Congresso entre 1935 e 1936.

Também a partir da década de 1950 a Suprema Corte dos EUA tomou várias decisões em direção à ampliação dos Direitos Civis dos negros, anulando vários dispositivos principalmente dos estados do Sul, que separavam negros e brancos nas escolas. Com essas ações, visando a resolução de grandes distorções em questões políticas e econômicas, a Suprema Corte passou a assumir protagonismo sobre as questões relativas aos direitos civis, políticos e sociais dos cidadãos, tomando assim parte substantiva no processo decisório ao longo do século XX¹⁹.

Embora essas ações de controle tenham se expandido, muitas críticas foram feitas a esse modelo, na linha de contestar as decisões dos tribunais, por serem consideradas em grande parte das vezes contrárias ao governo popular, do qual os EUA tanto se empenhava por estabelecer como motor de suas ações.

Importante ressaltar que o Brasil adotou o modelo difuso, já influenciado pelo modelo americano desde sua primeira Constituição e este modelo ainda persiste no cenário brasileiro possibilitando o controle de constitucionalidade em casos concretos. Do juiz estadual ao presidente do Supremo Tribunal Federal é

¹⁹ **ARANTES**, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: AVELAR, Lúcia & Cintra, Antônio Octávio (Org). Sistema Político brasileiro: uma introdução. 2004. P, 88.

facultado e obrigatório o controle judicial referente a leis que estejam violando a constituição²⁰.

Os principais temas tratados pelo sistema "difuso" no modelo brasileiro são os de garantia de direitos fundamentais como *habeas corpus*, *habeas data*, *o mandato de segurança*, *o mandato de injunção*, *ação civil pública* e *a ação popular*²¹. Com isso, no Brasil o controle "concentrado" (as Ações de Direta Inconstitucionalidade) ficam a cargo do Supremo Tribunal Federal como veremos na próxima seção.

3.2. O SISTEMA "CONCENTRADO" (MODELO AUSTRIACO) COMO INFLUENCIADOR DA FORMAÇÃO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NA EUROPA

Diferentemente do modelo norte-americano, o modelo considerado concentrado tem essa denominação pelo fato de ser o sistema "em que o poder de controle se concentra, ao contrário [do modelo americano], em um único órgão judiciário"²².

Esse modelo de controle foi iniciado na Europa, como primeira experiência na Áustria, quando foi introduzido o controle constitucional baseado na influência do então eminente jurista Hans Kelsen.

Assim, o dispositivo foi inserido na Constituição Austríaca de 1920 e aperfeiçoado mais tarde na Constituição de 1929. Os tribunais constitucionais europeus são baseados nesse modelo "concentrado". Esses tribunais são criados com o objetivo central que é o de controle constitucional.

Como o objetivo principal dos tribunais constitucionais é o de avaliar a constitucionalidade das leis, as decisões emitidas por ele são vinculantes aos demais órgãos tendo como consequência a inaplicabilidade dessa lei em outra

²⁰ Fato bem ilustrado por BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2012, p. 39.

²¹ MENDES, Gilmar. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil**. 2015, p.3.

²² CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p, 67.

situação. Em um caso concreto de litígio, a decisão do tribunal se generaliza a todos os fatos em que tal lei estiver inserida. Se ações dessa natureza forem iniciadas em tribunais comuns, o juiz responsável deve suspender tal ação ali e requerer que sejam julgadas pelos tribunais superiores.

Tal modelo serviu de influência para diversos países europeus que no pós-guerra julgaram de extrema importância como remédio para os grandes danos causados pela Segunda Guerra Mundial (1939-1945) que teve grande parte de sua legitimidade baseada nas Constituições dos países que fizeram parte dela. Principalmente com a ascensão do fascismo e do nazismo que como partidos no poder trataram de fazer modificações jurídicas que violavam direitos fundamentais dos cidadãos. Com essas experiências tão drásticas Itália e Alemanha tiveram inclusas em suas novas Constituições de 1947 e 1949, respectivamente, a criação de um Tribunal Constitucional Especial, como órgão responsável pelo controle de constitucionalidade das leis e conseqüentemente um aumento no controle do poder político²³.

Como contraponto ao controle judicial americano, os tribunais constitucionais são órgãos separados do Poder Judiciário, e são formados de modo mais politizado, sendo o Presidente da República e o Poder Legislativo os indicadores dos membros integrantes do mesmo (podendo escolher assim magistrados mais conservadores ou mais liberais, de acordo com o que considera melhor o agente político no poder).

Outro ponto importante sobre a politização desses tribunais é que seus mandatos são fixados por determinado tempo e submetidos a avaliação periódica do corpo político, visto que se considera a possibilidade de mudanças na interpretação constitucional de tempos em tempos. E por fim, uma redução no número total de agentes legitimados a entrar com ação de pedido de inconstitucionalidade. Em

²³ **ARANTES**, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: AVELAR, Lúcia & Cintra, Antônio Octávio (Org). Sistema Político brasileiro: uma introdução. 2004. P, 88.

geral fica restrito ao presidente, aos governadores de estado e a um terço do parlamento²⁴.

Os países europeus, ainda desconfiados da dimensão que as instituições podiam tomar em seu desenvolvimento, não confiaram na máxima de que tais instituições estariam sempre voltadas a seu caráter jurídico, politizando assim tais órgãos de forma a agir como o legislador ao avesso, ou seja, o que ao invés de produzir leis, desfaz as que são incompatíveis com o cenário social. Não obstante estão de certa forma mais insulados e com alguns privilégios, necessários a garantir certa autonomia dos magistrados frente às questões com que devem lidar.

A partir desses dois grandes modelos, vários países passaram a adotar as medidas liberais como forma de restabelecer regimes democráticos mais sólidos. O período de guerra na Europa fez com que houvesse grande desconfiança da sociedade em relação as instituições políticas que haviam prometido o ideal de liberdade e igualdade no século XIX, mas que ocasionaram justamente a perda desses ideais com duas grandes guerras logo no início do século. Dessa forma, houve um grande impulso a formação de governos liberais que tinham que consideraram necessária a inclusão de algum sistema de controle em suas Constituições.

Assim, Portugal e Espanha, que também tinham passado por regimes ditatoriais que foram dissolvidos apenas ao final da década de 70 do século passado, introduziram em suas Constituições de 1976 e 1978 respectivamente, sistemas de controle constitucional das leis.

Também na América Latina na década de 80, quando a onda de governos democráticos começou a retomar o cenário em diversos países que até então estavam sendo governados por regimes ditatoriais, devolveram ao Poder Judiciário sua autonomia incluindo assim modelos de controle em geral difusos

²⁴ **ARANTES**, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: AVELAR, Lúcia & Cintra, Antônio Octávio (Org). Sistema Político brasileiro: uma introdução. 2004. P, 92.

(influenciados pelo modelo americano) dos quais muitos já possuíam antes da chegada dos regimes ditatoriais ao poder.

Assim, as diversas realidades sociais latino-americanas foram produzindo modelos que uniam tanto o sistema difuso quanto concentrado (como o caso do Brasil, que é híbrido). Por mais que se utilizem os dois modelos como estanques e excludentes entre si, eles formam dois pilares de compreensão que são ampliados com as necessidades que os países têm, criando dispositivos que julguem necessário a garantia das liberdades civis²⁵.

Todos esses fatores contribuem em grande parte para o aumento da importância do Judiciário nas democracias modernas, e se tornam parte de um processo de judicialização da política que tem sido um movimento bastante discutido e que tem se tornado parte do processo decisório e da manutenção de direitos dos indivíduos nas democracias de massa.

4. AUMENTO DO PODER DE INFLUÊNCIA DOS TRIBUNAIS COMO CONSEQUÊNCIA DO AVANÇO DOS PROCESSOS DE DEMOCRATIZAÇÃO

As democracias modernas tem visto cada vez mais uma crescente atuação do Judiciário nos mais diversos estratos, tanto da vida social quanto no âmbito da política. Isso tem gerado um aumento nos estudos sobre esse fenômeno, conhecido como judicialização da política, conceito que é objeto de grandes discussões²⁶.

Quanto mais democráticas vão se tornando as instituições e quanto mais complexas as sociedades, mais o Judiciário passa a intervir como um ator necessário nesse processo. Porém, o lugar do Judiciário, a atuação deste e o grau de sua independência são questionamentos que permeiam esse processo e fazem dele uma área de estudos cada vez mais necessária.

²⁵ Capelleti ressalta que o mandado de segurança brasileiro se destaca como um dos mais importantes dispositivos de controle que apareceram nas novas democracias, e que por isso merece atenção especial visto que foi criado em um contexto de grande desigualdade social e de necessidade da manutenção dos direitos fundamentais. CAPPELLETTI, M. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 1984, p, 18.

²⁶ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: Duas análises**. Lua Nova. N°57. 2002, p.114.

A origem do fenômeno de aumento da intervenção do Judiciário é advinda em primeiro lugar pela compreensão de que o Judiciário passou a assumir áreas vacantes no processo de representação, fruto de problemas relativos a uma democracia representativa que demonstrava alguns problemas de inserção da sociedade na produção legislativa²⁷.

Em segundo lugar, tal aumento de influência se deu pela grande transformação da qual passou o Judiciário na segunda metade do século XX que passou a ser tipificado não mais apenas como instância de proteção das minorias, mas também como ator direto na implementação de direitos sociais e coletivos²⁸.

Sobre o primeiro fator, com diversas lacunas que ficam abertas em relação à política representativa e as instituições majoritárias, abre-se um caminho de atuação do Judiciário por ser visto como um poder com mais imparcialidade quanto as decisões a serem tomadas. Em uma comparação entre as Cortes e os Legislativos, demonstram as significativas diferenças entre ambas as instituições. As decisões nas Cortes são dadas por poucos juízes enquanto nos Legislativos deve ser tomada por vários partidos.

Os métodos de trabalho nas Cortes são tomados com argumentos jurídicos e debatidos com bases nestes conquanto que no Legislativo é feito a partir de barganhas, muitas vezes "a portas fechadas". As resoluções e saídas a possíveis conflitos nas Cortes são decidias por um conjunto de casos a partir de uma revisão judicial (*judicial review*) conquanto os Legislativos vão trata-los a partir de regras gerais.

E por fim, as implicações de tudo isso nas Cortes visam levar aos fatos que estão ocorrendo a uma possível única solução, conquanto nos legislativos as implicações são postas próximas a uma alocação de valores onde as resoluções

²⁷ VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York : New York University. 1995, p.33.

²⁸ SANTOS, B. de S. et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n.30, p.29-62, fev. 1996, p.34.

estão relacionadas frequentemente com questões econômicas para criar uma “possível solução política²⁹”.

Separação de poderes, demanda de direitos e políticas, grupos de interesse que passam a se utilizar das Cortes, oposições que se utilizam das Cortes, inefetividade das instituições majoritárias ou delegação de poder por parte das mesmas, esses são os principais temas presentes no processo de judicialização nas atuais democracias.

Quanto mais democráticas vão se tornando as instituições, mais possibilidades se criam para a utilização do Judiciário por parte dos diferentes atores políticos e sociais. Uma vez que os países vão se tornando cada vez mais pluralistas, tendo que considerar vários interesses na arena política e social, mais instituições são criadas a fins de defender tais interesses e tendo que ser consideradas na Constituição.

Essa expansão é vista de formas variadas pela literatura. Quanto mais complexas vão ficando as sociedades e quanto mais democráticas elas se tornam, mais é aceitável que as Cortes intervenham nos processos políticos e nas demandas sociais. Como as Cortes trabalham para que haja em geral um maior aproveitamento do espaço público e na melhoria dos direitos dos indivíduos, os pontos a serem colocados é o quanto o Poder Judiciário pode intervir e de que forma. Visto que atuar sobre direitos individuais pode causar diferenças de prioridade entre defesa da igualdade e defesa da liberdade.

Há dois eixos divergentes no processo de judicialização: a) o eixo "substancialista" define tal processo como uma maior responsabilização do juiz frente a pluralidade humana, e por isso defende a necessidade dos tribunais serem atores ativos no processo de produção de políticas públicas, visando universalizar os serviços (visto que entendem que atores políticos não fazem políticas universalistas por medo de haver perdas eleitorais); b) o eixo "procedimentalista" define a necessidade de reestabelecer espaços públicos e

²⁹ VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics.** 1995, p.29.

instituições que viabilizem a possibilidade de o cidadão estar inserido no processo político. Isso advém do que se entende como necessidade de reestabelecer a ideia de vontade geral e poder do povo³⁰.

Uma outra visão que aponta para a expansão do Judiciário no século XX produz enfoques em duas perspectivas acabam por se complementar. O primeiro enfoque de base mais sociológica denomina que essa expansão se deu principalmente pelo surgimento, desenvolvimento e crise do *Welfare State*. O modelo que prevaleceu no pós-guerra, gerou mudanças profundas na implementação de políticas que foram marcadas por mudanças no campo do Direito e da Justiça.

O plano bifronte de fórmula keynesiana que consistia em pleno emprego e igualdade levou com que o Estado gerasse um intervencionismo econômico pela conquista do emprego e a uma promoção de bem estar social na luta pela igualdade. A busca por uma maior igualdade fez com que o Estado buscasse organizar uma série de serviços voltadas aos direitos sociais e econômicos como saúde, educação, seguridade social, trabalho e as diversas áreas de grande necessidade do cidadão.

Para que esses serviços pudessem ser melhorados e expandidos, houve um processo de produção legislativa e modificações constitucionais substantivas que pudessem garantir a excelência dos serviços nessas áreas. Essas mudanças ocasionaram uma transformação substantiva na concepção liberal clássica de Estado provedor de ordem e garantidor da liberdade, passando a ter como foco a redução das desigualdades sociais através de uma prestação de serviços públicos universalizados.

A partir da modificação de concepção sobre a atuação do Estado, também houve transformações na atuação do Poder Judiciário. Se em princípio, influenciado pela concepção liberal, o Judiciário deveria ser o guardião das liberdades individuais,

³⁰ Para uma visão mais aprofundada sobre os dois eixos distintos de judicialização ver EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). **A Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte-Rio de Janeiro: UFMG-IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 43-62, p.43.

principalmente a partir da proteção da propriedade, decidindo sobre conflitos particulares, com essa modificação ele passa a ser acionado pela defesa dos direitos coletivos.

Com uma vasta produção legislativa no campo dos direitos sociais, o Judiciário fica responsável agora em dar efetividade a legislação existente sendo um importante órgão na produção e manutenção da igualdade. Com essa legislação que dá mais atenção a produção da cidadania de forma substantiva, produz-se também a necessidade de se ter um agente que seja garantidor e que possa dar efetividade a tais políticas³¹.

Cabe ressaltar que tais modificações não se deram sem disputas diversas e não ocorreram com uma linearidade direta. Certa escassez de recursos em determinados governos e mudanças de governos com diferentes prioridades de políticas, faziam com que a total implementação fosse prejudicada. Também uma divergência entre a visão jurídica e a político-administrativa eram terrenos de disputa.

Pelo fim dos anos 70 e início dos anos 80, a crise que ocorreu sobre o Estado-Providência afetou também os sentidos de ação do Judiciário, e sua competência quanto as questões de proteção dos direitos sociais alcançados. Com a perda de capacidade de promoção de grande parte do *Welfare State* a ideologia neoliberal que vinha surgindo desde fins dos anos 70 passou a tomar espaço e gerou uma série de políticas que estavam voltadas para a redução da influência do Estado na produção de políticas.

Com isso, medidas como privatizações, desregulamentação da economia, diminuição dos gastos sociais e redução do déficit público foram tomadas com a intenção de conquistar equilíbrio fiscal, combater a inflação e dinamizar a economia. Nesse período, o Poder Judiciário que se viu expandido pela garantia na manutenção dos direitos sociais foi um ator importante nessa função e os

³¹ **ARANTES**, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: AVELAR, Lúcia & Cintra, Antônio Octávio (Org). Sistema Político brasileiro: uma introdução. Konrad Adenauer, Ed UNESP 2004, p.97.

tribunais foram peças fundamentais quanto a demandar que os governos mantivessem minimamente as políticas e os direitos dos cidadãos.

O segundo enfoque sobre essa expansão do Judiciário descreve tal processo baseado em variáveis jurídicas apenas (muitas vezes fundamentadas nos diagnósticos que o primeiro enfoque forneceu). Com isso as formas de acesso à Justiça e a multiplicidade de direitos que surgiram principalmente nessa segunda metade do século XX são pontos chave na compreensão dessa expansão. Com o surgimento de um pacote de direitos sociais, políticos e econômicos expressos acima, também as práticas jurídicas e a concepção de acesso a justiça tomaram um caráter que permitiu que a Justiça se entendesse como necessária à manutenção de direitos coletivos.

Há então uma passagem ao ideal de direito do indivíduo, onde o Judiciário age como garantidor do interesse privado na nova concepção de manutenção dos direitos coletivos e os assim chamados direitos difusos (referentes a bens que são de interesse de toda a sociedade como meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, direitos dos animais, entre outros).

Com a aparição desses novos atores sociais que agora possuem força para ingressar com ações em juízo sobre diversas demandas, cresce a pluralidade de interesses que passam a ser considerados na área jurídica, fortalecendo assim tais questões como movimentos políticos. Nessa nova concepção, a partir de uma ação conjunta, um grupo de moradores de um bairro, ou um movimento social identificado com o direito de um determinado grupo pode ingressar em juízo pedindo a garantia do direito daquele grupo.

Também tem sido bastante salutar a construção de luta em torno de questões que dizem respeito a um número de indivíduos indeterminados e que lutam por direitos que não estariam ligados a apenas um grupo de pessoas, mas que seriam de interesse de toda a sociedade tendo como destaque por exemplo ações públicas em defesa do meio ambiente (proteção de áreas desmatadas, contra queimadas, entre outras).

O fortalecimento dessas áreas fez com que vários países passassem a produzir reformulações processuais no acesso à justiça abrindo cada vez mais o caminho para ações coletivas. Deve-se frisar que a própria sociedade de massa acabou por criar uma necessidade de jurisprudência em sentido mais amplo, visto que o atendimento de litígios individuais cria custos e falta de celeridade na produção de justiça.

Por esse aumento de interesses a serem considerados quanto as políticas de Estado, houve a permissão de se criar associações de natureza diversa que estivessem legalmente constituídas para que pudessem estar aptas a recorrer a efetivação dos direitos difusos e coletivos.

Também são fortes contribuições para o aumento de acesso a justiça os chamados “tribunais de pequenas causas” que visam produzir ações que solucionem casos que sejam de menor complexidade (de menor potencial ofensivo ou de menor dano material) em tempo hábil e a um custo menor³². Com isso, diversos estratos sociais foram favorecidos, podendo acessar o Poder Judiciário para requerer danos que antes poderiam produzir altos custos e um bastante tempo para poderem ter algum tipo de resposta.

Essa expansão de tribunais com o intuito de resolver causas menores e que muitas vezes nem conseguiam chegar ao tribunal pela sua tipificação de um dano menor, chegou a diversos países com a intenção de aproximar o Judiciário da população mais pobre. Com isso, visava-se, além de dar mais celeridade a processos que poderiam ser julgadas com práticas menos complexas, incluir uma determinada população que não estava inserida no acesso a justiça.

Com todo o exposto, pode-se ter um painel da grande movimentação e articulação que teve o Poder Judiciário ao longo do século XX como ator importante na resolução de diversos conflitos e com poder de implementação de direitos assegurados nas Constituições dos diversos países.

³² **ARANTES**, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: AVELAR, Lúcia & Cintra, Antônio Octávio (Org). Sistema Político brasileiro: uma introdução. Konrad Adenauer, Ed UNESP. 2004. P.79-108.

Assumindo a supremacia da Constituição como um princípio lógico para se guiar o processo político-social, o Judiciário passou a intervir mais fortemente no processo decisório de produção de justiça buscando dar um aumento no processo de igualdade necessário ao fortalecimento da democracia.

Assim, o processo institucional de formulação e trabalho de novas Cortes em diversos países passou a se inserir dentro de uma nova concepção preocupada em dar visibilidade a diversos grupos políticos que antes não eram considerados nem no acesso a Justiça e nem nas plataformas políticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todas essas mudanças em direção a uma expansão das funções do Judiciário dentro de países democráticos vieram a reforçar a interface bastante forte que existe entre o poder político e o poder judiciário, produzindo mais controles e dispositivos ao alcance dos cidadãos inserindo-os de forma mais plena no processo de representação.

Considerando que o modelo institucional é de suma importância para dar estímulos a determinados grupos e ações e desestimular a outros, a importância das instituições é determinada pela possibilidade de estas darem a pessoas e grupos a possibilidade de cooperar, regular e determinar os empreendimentos comuns que sejam necessários a vida social e política comum³³.

Determinados os modelos que devem ter as instituições dá-se também a possibilidade de atuação ou de exclusão de agentes no processo político. Assim sendo, todo o processo histórico que culminou nas instituições jurídicas atuais e principalmente em dispositivos jurídicos que possibilitam o controle político como o *Judicial Review* são meios que levam ao fortalecimento do processo democrático nas sociedades modernas.

O Controle Constitucional de Constitucionalidade tem produzido diversas modificações nos tipos de políticas aplicadas nas diversas democracias e

³³ NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic growth**. Cambridge University Press. 1990

ROCHA, Décio Vieira da. Contexto histórico do controle de constitucionalidade e seus precedentes políticos, jurídicos e sociais: dispositivo jurídico com efeitos políticos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

consequentemente tem sido parte do processo decisório atuando e incidindo muitas vezes sobre as políticas públicas e disputas políticas decisivas para o processo social. Com isso, tem demonstrado ser um importante mecanismo no estabelecimento da balança dos *checks and balances*, conceito tão caro a formação da autonomia dos três poderes no processo democrático.

Assim, unido ao próprio sistema tem produzido freios para amenizar desigualdades políticas e majorias legislativas que aprovelem dispositivos que sejam contrários à melhoria da representação e participação. O desenho institucional tem gerado discrepâncias produzidas pelas relações entre os agentes políticos, possibilitando que a contestação, tanto por parte da oposição quanto da situação, seja objeto de desenvolvimento e aprimoramento do sistema político.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS:

ANASTASIA, Fátima. **Federação e relações intergovernamentais.** in AVELAR, Lúcia e CINTRA, Antônio Octávio (Org). Sistema Político Brasileiro: Uma introdução. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp Ed., 2004. Pp. 185-202.

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

_____. **Judiciário: entre a Justiça e a Política.** In: AVELAR, Lúcia & Cintra, Antônio Octávio (Org). Sistema Político brasileiro: uma introdução. Konrad Adenauer, Ed UNESP. 2004. P.79-108.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz., REGIS, André, 2012. **Por que o Supremo Tribunal Federal é tão Poderoso? Uma análise sobre a agenda Executivo-Legislativo.** In VIII Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 2012, Gramado/RS.

BAUM, L. **A Suprema Corte Americana.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 6º edição, revisada e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2012.

CAPPELLETTI, M. 1993. **Juizes legisladores?** Porto Alegre : S. A. Fabris.

ROCHA, Décio Vieira da. Contexto histórico do controle de constitucionalidade e seus precedentes políticos, jurídicos e sociais: dispositivo jurídico com efeitos políticos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAPELLETI, Mauro., GARTH, B. **Acesso a justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, M. F. 1997. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, jul.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de Constitucionalidade. 4ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DWORKIN, R. 2001. **Uma questão de princípios.** São Paulo : M. Fontes

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In:VIANNA, Luiz Werneck (org). **A Democracia e os três poderes no Brasil .** Belo Horizonte-Rio de Janeiro: UFMG-IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 43-62.

GARAPON, A. 1999. **O juiz e a democracia : o guardião de promessas.** Rio de Janeiro : Revan.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: Duas análises.** Lua Nova. Nº57. 2002.

MADISON, James; **HAMILTON**, Alexander; **JAY**, John. **Os Artigos Federalistas.** Apresentação: Isaac Kramnick; tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MENDES, Gilmar. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil.** Disponível em
<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf> Acessado em-05/01/215

NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic growth.** Cambridge University Press. 1990.

PRZEWORSKI, Adam. **Capitalismo e Social-Democracia.** São Paulo, 1989.

SANTOS, B. de S. et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas.** *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n.30, p.29-62, fev. 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América. Volume I.** Companhia Editora Nacional. São Paulo. 1969.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A Democracia na América. Volume II.** Companhia Editora Nacional. São Paulo. 1969.

ROCHA, Décio Vieira da. Contexto histórico do controle de constitucionalidade e seus precedentes políticos, jurídicos e sociais: dispositivo jurídico com efeitos políticos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

TORRES, Ricardo Lobo. **“O Espaço Público e os Intérpretes da Constituição”**, Direito e, Estado e Sociedade, Revista do Departamento de Direito da PUC- Rio, nº7, julho/dezembro de 1995.

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. 1995. ***The Global Expansion of Judicial Power : The Judicialization of Politics***. New York : New York University.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. B; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social. V.19. 2007.

VIANNA, Luís Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha Melo & BURGOS, Marcelo Baumam. **“A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil”**. Rio de Janeiro: REVAN. 1999.

VIANNA, Luís Weneck. **“A democracia e os três poderes no Brasil”**. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2003.

Submetido em: 01/10/2016

Aprovado em: 01/01/2017