

Controle Parlamentar e Judicialização da Política: a Reforma do Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça no Brasil.

Marona Marjorie.

Cita:

Marona Marjorie (2010). *Controle Parlamentar e Judicialização da Política: a Reforma do Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça no Brasil*. V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política. Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-036/43>

Controle Parlamentar e Judicialização da Política: a Reforma do Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça no Brasil.¹

Marjorie Corrêa Marona²

Resumo: O controle político (ou parlamentar) constitui peça central da arquitetura democrática e se relaciona com o momento da implementação das decisões majoritárias, razão pela qual, dado o cenário institucional brasileiro pós-88 não pode deixar de ser considerado senão a partir da inclusão dos Tribunais no jogo político. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo promover uma análise do impacto dos mecanismos de controle político sobre o Judiciário, considerando, em especial, a atuação do Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional 45/2004, que incluiu o art. 103-B à Constituição de 1988, recentemente modificado pela Emenda Constitucional 61/2009. O argumento central consiste na verificação de que a criação do CNJ responde à necessidade de controle político sobre o Judiciário, o que é viabilizado pela implementação de freios institucionais. A análise consiste no levantamento das competências e estrutura orgânica do CNJ.

Introdução

O fenômeno que se convencionou chamar de judicialização da política e que é frequentemente associado à crescente intervenção do Poder Judiciário na determinação de políticas públicas em democracias ocidentais contemporâneas remete à questão da relação que se desenvolve entre os três poderes. No entanto, os estudos legislativos, dedicados a compreensão do funcionamento dos diferentes corpos parlamentares – Congresso Nacional, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais -, tendem a fazer referência, unicamente, ao chefe do Executivo, ignorando o Poder Judiciário enquanto ator político relevante. De um modo geral, aponta-se para a *cooptação* que o Executivo exerce sobre o Legislativo, dado um certo consenso acerca da predominância daquele em detrimento desse, no Brasil.

Nesse contexto, o conceito de delegação tem-se apresentado como uma alternativa ao de *cooptação* ao oferecer melhores explicações acerca das relações entre as duas tradicionais arenas políticas, apontando com certa parcimônia a necessidade de delegação de autoridade para o funcionamento do Parlamento. Pressupõe-se que os parlamentares são

1 Trabalho preparado para apresentação no V Congresso Latino-americano de Ciência Política, organizado pela Associação Latino-americana de Ciência Política (ALACIP). Buenos Aires, 28 a 30 de julho de 2010.

2 Doutoranda do Programa de Pós Graduação do Departamento de Ciência Política da UFMG [marjoriemarona@hotmail.com]

atores racionais - isto é, que visam a maximizar ganhos e minimizar perdas – e que, como qualquer coletividade este corpo [parlamentar] enfrenta inúmeros problemas de coordenação da ação, bem como uma certa tendência a não-cooperação entre os seus membros (OLSON, 1965). A delegação da autoridade por parte do grupo (*principal*) a alguns agentes, encarregados de implementar os meios necessários para que a coletividade atinja seus objetivos, apresenta-se, então como uma solução para esses problemas

No âmbito do Legislativo, tradicionalmente, a teoria da delegação se ocupou de dois agentes - os partidos políticos e as comissões. O conceito de delegação, entretanto, é adaptável a mais do que um arranjo lógico: (a) no modelo distributivo a delegação se dá porque os parlamentares são intermediadores de interesses dos seus distritos eleitorais, buscando lugares nas comissões que tratem de assuntos importantes para sua base; (b) na interpretação informacional a delegação para as comissões surge como um meio para extrair o máximo de informações sobre quaisquer propostas de forma que o plenário possa votar com o melhor conhecimento possível todos os resultados antecipados de uma lei; (c) no modelo partidário, por fim, a delegação se deve, em parte, à imagem de seus partidos em face do eleitorado, devendo ser reforçada no processo legislativo em busca da reeleição, razão pela qual se dá a delegação para as lideranças partidárias, que se utilizam de diversos instrumentos para garantir que o programa do partido seja aprovado.

De qualquer sorte, a tradição dos estudos legislativos, inscrita no quadro mais geral do neo-institucionalismo, foi construída a partir do insulamento do Legislativo em relação às outras instâncias políticas, que assim passou a ser explicado em função de sua autodeterminação institucional, especialmente quando se considera o modelo partidário de análise. Também a abordagem distributiva, que considera uma dimensão exógena ao Legislativo – o sistema eleitoral – o faz de maneira negativa, pelo menos no caso brasileiro, ao concluir que essa arena gera incentivos a um comportamento paroquiano dos parlamentares (PERES & CARVALHO, 2008).

De fato, inicialmente, os estudos legislativos brasileiros focaram esse Poder como resultado das instituições eleitorais e partidárias para, em seguida, buscarem explicá-lo a partir de suas próprias características, em especial, com a pesquisa de padrões na relação entre esse Poder e o Executivo. O debate acerca do mecanismo pelo qual a governabilidade seria obtida pelo Executivo na sua relação com o Legislativo, agrupa os pesquisadores em dois blocos: os que advogam a preponderância de variáveis endógenas ao Legislativo, considerado, então, como uma arena independente das outras, uma instância política auto-determinada por um conjunto de regras internas, por um conjunto de incentivos institucionais endógenos, defendendo-se, portanto, uma espécie de impermeabilidade em relação a possíveis determinações de elementos institucionais de

arenas exógenas, e, em oposição, os que defendem a importância de variáveis exógenas ao Legislativo, considerando a lógica distributiva, em certa medida.

As duas vertentes analíticas, entretanto, se alinham sob uma perspectiva comum, na qual as relações competitivas entre Executivo e Legislativo se resolvem internamente e de maneira harmônica, no próprio processo parlamentar, por meio de estratégias variadas, de cooptação ou indução à cooperação. Os estudos preocupam-se, portanto, em grande medida, com os mecanismos de formação da coalizão de governo e de sua operação por meio da delegação de poderes legislativos ao Presidente.

O tema do controle parlamentar³, primordialmente abordado pela teoria da delegação, explora, justamente, o papel do Legislativo no processo de tomada de decisões, isto é, o modo pelo qual acompanha e fiscaliza as decisões adotadas, especialmente pelo Executivo e pela burocracia. Contudo, os instrumentos apontados como responsáveis pelo funcionamento da delegação são os mais diversos, mas estão sempre referidos às tradicionais arenas políticas (Legislativo e Executivo) e às relações entre elas. Relação, aliás, que sempre implica em alguma perda de agenciamento, pois, para desempenhar bem suas tarefas, o agente deve receber recursos de poder que incluem, até, a possibilidade de impor sanções aos *principals*.

Se não há como evitar a perda de agenciamento, pode-se, pelo menos, diminuí-la, com recurso a diversos meios, dentre os quais destacaremos os controles institucionais – as várias regras que podem ser usadas para vetar ou bloquear as medidas tomadas pelo agente.

Em contrapartida, o amplo reconhecimento da importância e relevância institucional do Poder Judiciário no jogo político, não resultou, ainda, em sua inclusão nos debates relacionados à delegação e ao controle parlamentar. Na esteira de TSEBELIS (2002), ao considerarmos o Judiciário, no mínimo, como um importante ator com poder de veto, nos casos em que se dá sua assunção ao nível de controlador da constitucionalidade dos atos do Legislativo, torna-se indispensável pensar a articulação entre este e a arena legislativa.

Pressupondo que o desenho institucional importa para a configuração das táticas empregadas pelos diversos atores políticos, o esforço se concentra em lançar luzes sobre a lógica da relação entre o Legislativo e o Judiciário e, talvez, mais importante, apontar

3 Na esteira de SARTORI (1992) entende-se por controle parlamentar (ou político) a atividade que o Poder Legislativo desenvolve para fiscalizar o Executivo, que difere de um específico controle legislativo, por meio do qual as legislaturas apresentam, modificam, protelam ou rejeitam projetos de lei.

os limites dos estudos legislativos em decorrência da desconsideração dessa dimensão institucionais.

Diante disso, urge que a análise do processo legislativo se estabeleça, definitivamente, como uma tarefa com forte tendência a compartilhar fronteiras de atuação institucional, antes restritas ao campo Executivo-Legislativo, incluindo o Judiciário, para que se possa abordar a dimensão mais significativa de sua atuação para a vida pública, qual seja, a capacidade de revisão do processo legislativo por parte das Cortes Constitucionais. Para tanto, há que se superar a tendência de insulamento do Poder Legislativo nas análises da *policy-making* governamental. Eis o que nos propomos.

O que se segue está organizado da seguinte maneira: apresentação do fenômeno da judicialização da política e de sua relação com um determinado desenho institucional; apresentação do desenho institucional no Brasil, favorável à judicialização a partir da Constituição de 1988, especialmente pela concessão de ampla independência ao Poder Judiciário e pela estrutura da revisão constitucional implementada; apresentação do Conselho Nacional de Justiça no Brasil como mecanismo de controle político sobre o Judiciário.

I. Judicialização da Política e Desenho Institucional

Há aproximadamente cinco décadas os Cientistas Políticos norte-americanos descreveram os Tribunais – em especial as Cortes Constitucionais – como instituições essencialmente políticas, em grande medida pelos profundos efeitos que a jurisdição constitucional pode exercer sobre políticas públicas, preferências majoritárias e valores sociais.

De lá pra cá são cada vez mais freqüentes as notícias veiculadas e os trabalhos acadêmicos que tematizam um fenômeno que a literatura em Ciência Política convencionou chamar de judicialização da política e que é freqüentemente abordado como a crescente utilização do Judiciário como meio de resolução de conflitos gerados na arena política, nas democracias liberais contemporâneas.

À interferência do Poder Judiciário em questões eminentemente políticas subjazem análises teóricas acerca da relação entre Política e Direito, destacando-se pela tentativa de dar estatuto conceitual ao termo, a obra *The Global Expansion of Judicial Power : The Judicialization of Politics*. (TATE & VALLINDER, 1995).

Os autores tratam das causas de expansão do Poder Judiciário na primeira metade da década de 90, conceituando a judicialização como um processo duplo, que envolve (1) a ampliação do poder de decisão, para executar e criar leis, do sistema judiciário e (2) a adoção pelos outros poderes de procedimentos típicos da lógica judicial, como Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) pelo Legislativo e tribunais ou juízes administrativos

pelo Executivo.⁴ A judicialização estudada neste artigo será a da primeira acepção do termo.

O debate acerca do papel do Poder Judiciário, ou mais especificamente, de sua capacidade de intervir em políticas públicas, alterando, em alguns casos, a decisão política alcançada por representantes eleitos, tem sido associado diretamente à atuação do Supremo Tribunal Federal⁵, especificamente no que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade, em particular pela compreensão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

TATE & VALINDER (1995:15) já apontaram que uma das principais formas [de judicialização da política] é o controle de constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo; o *judicial review*, mecanismo institucional colocado à disposição do Poder Judiciário em diversas democracias contemporâneas. Portanto, de um modo muito genérico, se pode dizer que o fenômeno da judicialização da política aponta para a crescente intervenção do Poder Judiciário nos processos decisórios das democracias contemporâneas, o que tem se verificado a partir século passado tendo em vista a adoção de Tribunais Constitucionais pela grande maioria dos estados democráticos, no Ocidente.

A causa mais remota seria a assunção dos EUA como a única superpotência mundial, o que evidenciou os mecanismos de revisão constitucional, abrindo caminho para a intervenção do Judiciário no cenário político democrático. Nesse sentido, o surgimento e proliferação dos Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas e a mudança de comportamento jurisprudencial dos tribunais, que passam a atuar nos vazios

4 TATE & VALINDER (1995) tipificam [e diferenciam] o comportamento decisório nas instâncias da justiça e da política da seguinte forma: na magistratura estão presentes duas partes e um juiz, há audiência aberta e ocorre um balanço argumentativo, a decisão é proferida por um juiz imparcial e se refere a casos individuais, verificam-se fatos e regras relevantes, aplicadas como “a única solução correta”; na legislatura, por outro lado, estão presentes várias partes, barganhas e compromissos são firmados a portas fechadas, aplica-se o princípio da maioria, a decisão constitui uma regra geral e trabalha-se com alocações de valores econômicos e políticos para a “solução política possível”.

5 A preferência pelo exame da atuação do STF denota uma perspectiva institucional de análise, privilegiando-se a pesquisa acerca das relações interinstitucional, ou seja, das “polias e engrenagens” do processo político (CARVALHO, 2004:116). Não se pode olvidar, contudo, que crescente interesse tem sido dirigido à atuação do Ministério Público, tendo em vista sua posição de legitimado privilegiado em relação às principais ações coletivas, pelo que assumiria o papel de uma espécie de “representante funcional” da sociedade, utilizando o Judiciário como veículo para o exercício da cidadania. Tais abordagens privilegiam, então, o papel do Judiciário na construção das relações entre Estado e Sociedade.

institucionais deixados pelos poderes representativos – quiçá como forma de delegação -, impulsionadas pela crise do Positivismo Jurídico⁶, pelo aperfeiçoamento das instituições judiciárias e, sobretudo, pela constitucionalização dos direitos fundamentais são causas frequentemente suscitadas.

No Brasil, a nova arquitetura institucional adquiriu seu contorno mais forte com o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos por parte do Judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou, do que decorre a importância inédita adquirida pelos juízes na vida política do país. Nessa perspectiva, portanto, a judicialização da política expressaria o processo resultante da transformação institucional, operada no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988, que determinaria uma nova dinâmica na relação entre os Poderes, na construção das decisões majoritárias.

TAYLOR & RÍOS-FIGUEROA (2006) desenvolveram um estudo comparativo em que apontam o modo como a estrutura institucional do Judiciário determina a judicialização da política no Brasil e no México, definindo o fenômeno pelo crescente deslocamento dos conflitos políticos de suas tradicionais arenas – Executivo e Legislativo – para o Judiciário, com o conseqüente alargamento dos debates, que incluem não apenas razões pragmáticas ou políticas, mas também considerações jurídicas e constitucionais. A influência da estrutura institucional do Judiciário sobre a judicialização é testada a partir de duas variáveis: (i) a independência judicial e (ii) a estrutura da revisão judicial.

De fato, um mínimo de independência do Judiciário em relação aos demais Poderes é condição *sine qua non* para a judicialização, pois garante credibilidade às Cortes, justificando seu uso para contestação de políticas públicas. Esse não é, contudo, um critério de fácil verificação, mas é composto, pelo menos, de três elementos: (a) autonomia, ou seja, a relação entre o Judiciário e os demais Poderes (Executivo e Legislativo); (b) independência externa dos juízes da Corte Constitucional, isto é, sua relação com os demais Poderes; e (c) independência interna dos juízes dos tribunais inferiores, definida como sua relação com os juízes das cortes superiores.

O judiciário é considerado, então, absolutamente autônomo se sua estrutura geral e orçamento são auto-regulados, livrando-o de pressões dos outros Poderes. Ademais, grau de autonomia é maior quando o próprio judiciário decide acerca de questões como número e jurisdição de Tribunais e juízes, dependendo, ainda, da sua capacidade de regular e controlar a arbitrariedade no exercício do poder e a possibilidade de fulminar leis inconstitucionais.

⁶ Para abordagens que enfatizam esse aspecto da judicialização, ver VIANNA (1996, 1999, 2002) e FERRAZ JR (1999).

Por outro lado, a independência externa dos juízes da Corte Constitucional em relação aos demais Poderes pode ser definida como a medida pela qual os juízes podem refletir suas preferências em suas decisões sem temer retaliações de membros eleitos, dos outros Poderes, e pode ser aferida pelas regras e arranjos que determinam sua nomeação, estabilidade, impedimentos e salários. Por fim, a independência interna pode ser tomada pela medida em que juízes de tribunais inferiores podem tomar decisões sem levar em conta as preferências de seus superiores hierárquicos e aferida tendo em vista a extensão e localização dos controles administrativos, a cultura institucional do Judiciário e o quanto as decisões dos tribunais inferiores podem ser modificadas ou constrangidas por meio de regras legais ou outros mecanismos.

A estrutura da revisão judicial, ou seja, o conjunto de regras legais e constitucionais que determinam quem pode chamar às Cortes a participarem do jogo político e as respectivas restrições, pode, também, apresentar implicações ao padrão de judicialização, refletindo no tempo envolvido e na efetividade do processo. Três fatores parecem influenciar decisivamente a estrutura de revisão judicial: (a) os arranjos constitucionais, (b) o alcance do poder jurídico e (c) regras de legitimidade.

Os arranjos constitucionais que influenciam o padrão de judicialização incluem o alcance dos direitos constitucionais e da jurisdição originária das Cortes Constitucionais. O alcance do poder jurídico diz respeito ao modo como a revisão judicial – controle de constitucionalidade - é realizada: pode ser realizado previamente ou *a posteriori*, pelo Judiciário, que pode, ainda, tomar decisões baseado em casos concretos ou abstratamente, as quais terão efeitos obrigatórios apenas entre as partes ou *erga omnes*. Por fim, as regras que determinam a legitimidade são, talvez, as que mais influenciam o modo como a estrutura institucional pode determinar o uso do Poder Judiciário por atores políticos específicos.

Um tal desenho institucional, tido como favorável para que a judicialização da política se estabeleça, enquanto fenômeno, denota, na realidade, a possibilidade de o Poder Legislativo – e mesmo o Poder Executivo – delegarem ao Poder Judiciário parte de sua autoridade, viabilizando soluções para os problemas de coordenação da ação e tendências a não-cooperação, presentes em qualquer coletividade.

TAYLOR & DA ROS (2008:829) supõem que apesar do desenho institucional influir decisivamente na possibilidade de participação dos tribunais na arena política, estes ainda assim dependem de um acionamento externo para que possam tomar decisões politicamente relevantes, apontando para o fato de que vários são os usos que se pode fazer dos Tribunais, incluindo-os no jogo político, a partir de um desenho institucional favorável.

Destaca-se a *judicialização como tática de oposição*, no caso em que os tribunais são acionados com o propósito de declarar oposição ou desmerecer políticas públicas adotadas pelo governo, geralmente, por partidos políticos excluídos da coalizão governista, ou, ainda, quando se busca, via judiciário, a imposição de uma derrota ao adversário, empregando-se os tribunais como uma última instância, à qual se pode recorrer para derrotar determinadas políticas, denunciar as práticas do governo e tornar clara a posição contrária de determinados grupos a estas⁷. (TAYLOR & DA ROS, 2008:838)

Outro uso dos tribunais é possível - a *judicialização como instrumento de governo* - nos casos em que, buscando superar situações de paralisia decisória ou impasse legislativo ou, ainda, com o intuito de anular estatutos legais emitidos em governos passados ou de autoria de outros órgãos que não diretamente sob a responsabilidade do Poder Executivo, o governo – através do Presidente da República ou de partidos políticos da base governista - busca esteio no Poder Judiciário para que esse implemente ou se pronuncie favoravelmente a políticas públicas de seu próprio interesse⁸. (TAYLOR & DA ROS, 2008:842)

Por fim, ainda que não se trate de casos em que se dá o puro uso da arena judicial como extensão da política de oposição ao governo – o que se pode mais diretamente aferir considerando os atores envolvidos (partidos políticos de oposição) e o tipo de legislação combatida (MPs e legislação de autoria do Poder Executivo Federal), nem do caso em que o governo se utiliza da via judicial para implementação de políticas públicas – o que se pode aferir, por sua vez, pela verificação dos requerentes (Presidente da República, principalmente) - deve-se perceber um outro aspecto importante do uso dos tribunais como consequência da estratégia parlamentar, qual seja, aquele que se revela pela *judicialização como arbitragem de interesses em conflito* (TAYLOR & DA ROS, 2008:840), quando a propositura das ações se dirige a estatutos legais que modificam procedimentos e atingem diretamente interesses de grupos e setores específicos, prejudicando alguns e beneficiando outros, considerando a relação entre as arenas parlamentar e eleitoral.

7 Esse viés da judicialização pode ser fundamental para a percepção das relações entre os Poderes Executivo e Legislativo, podendo, inclusive, servir a judicialização como um indicador de polarização política, se considerarmos, mais especificamente, as ADIs propostas contra medidas provisórias (MPs), já que essas geralmente circulam interesses imediatos do governo, alterando, muitas vezes, políticas de elevada repercussão, além da legislação de autoria do Poder Executivo Federal (Emendas Constitucionais ou Leis Ordinárias).

8 Talvez nesse caso fosse importante analisar, para além das ADIs, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

TAYLOR & DA ROS (2008) sugerem que além da configuração institucional, os tipos de atores e respectivas estratégias da oposição devem ser avaliadas na análise do fenômeno, considerando que a oposição sistemática ao governo, incrementando ao máximo o custo e os riscos da atividade governista, deveria tornar mais intenso o uso das ADIs, em comparação à oposição seletiva, que estaria associada a um ritmo menos intenso. Ademais, o contexto político – em particular a saliência das políticas públicas – deveria ser considerado, tendo em vista o fato de que as características de políticas públicas em si ajudam a determinar sua judicialização, isto é, a distribuição de custos e benefícios das políticas públicas ajuda a determinar não apenas o percurso de seu andamento no Executivo e Legislativo, mas também influenciam a provável intensidade de utilização do Judiciário: custos concentrados importam em uma maior judicialização, e vice-versa.

Essa percepção, dos diversos padrões de judicialização, explicita, justamente, a dinâmica de delegação entre os tradicionais atores políticos e os atores judiciais, chamados a participar da construção da decisão majoritária: no caso da *judicialização como tática de oposição* delega-se ao judiciário autoridade para derrotar determinadas políticas ou ainda denunciar as práticas do governo; no caso em que a *judicialização como instrumento do governo* se apresenta, temos a clara delegação de autoridade para que o judiciário implemente determinada política, superando situações de paralisia decisória, impasse legislativo, ou, ainda, reduzindo custos de negociação com a oposição; por fim, a *judicialização como arbitragem de interesses em conflito* denota a delegação de autoridade para a implementação de políticas de custo concentrado e benefício difuso, diminuindo-se o custo político da operação.

Vejam como essa dinâmica se estabeleceu no Brasil, a partir da Constituição de 1988.

II. Poder Judiciário e Controle de Constitucionalidade no Brasil Pós-redemocratização

II.1) Independência do Judiciário na CRFB/88

O que se costuma chamar de *independência do judiciário* pode ser abordado a partir de diversas perspectivas, enfatizando-se ora os fins da instituição, ora seus caracteres internos e externos, ora a simples referência tautológica da independência como autonomia, mas aqui tomaremos a independência como a condição, garantida pelas normas constitucionais e pelas práticas políticas, de órgãos do judiciário tomarem suas decisões administrativas e jurisdicionais com base em suas convicções do que é devido, segundo o sistema de fontes do direito constitucionalmente estabelecido, sem receio das consequências ou represálias advindas dos outros poderes. (SAMPAIO: 2007, 4)

A independência do judiciário tem fortes raízes na história inglesa e na limitação do poder real em determinar a competência judiciária, afeta ao próprio judiciário, e não ao rei⁹. Nos Estados Unidos da América, a Constituição de 1787 consagrou a independência do Judiciário pela definição do Judiciário como um terceiro Poder, separado do Congresso e do Presidente, pela determinação de que os juízes da Suprema Corte e dos Tribunais inferiores seriam mantidos nos cargos enquanto bem se comportarem, e pela garantia da irredutibilidade de vencimentos. A principal e remanescente forma de intervenção se deu em termos de um controle financeiro sobre o judiciário, embora se tenha afirmado o *judicial review* e o poder dos tribunais federais exercerem controle sobre a atividade dos ramos políticos do governo e da própria maioria no poder, sedimentando a independência funcional dos juízes. Na tradição francesa, por outro lado, nem mesmo a Revolução garantiu a independência dos juízes. A Constituição de 1791 dispunha que o Poder Judiciário não poderia ser exercido pelos corpos legislativos nem pelo rei, definindo a forma eletiva de investidura dos juízes, bem como seu caráter temporário - sem embargo da garantia de estabilidade durante o mandato - prevendo-se, ainda, um sistema de incompatibilidades para os juízes, mas impunha grave restrição ao determinar que sempre que houvesse dúvida acerca da interpretação da lei, o juiz deveria encaminhar a matéria à Assembléia, criando mecanismo disciplinar correlato. Como toda justiça emanava do rei, sendo apenas administrada pelos juízes em seu nome, viu-se, durante boa parte do Século XX, na França, uma enorme intervenção do Executivo sobre o Judiciário, mesmo quando, em 1958, a Constituição determinava que o Presidente da República garantiria a independência da autoridade judiciária.

O que se pode observar é que desde sua origem, a questão da independência do Judiciário se viu às voltas com as às garantias dos magistrados, a auto-gestão do poder judiciário, e a autonomia financeira. No Brasil, o caminho da afirmação da independência do Judiciário não foi menos acidentado. A Constituição de 1988 inovou em muitos pontos, mas manteve inalterados diversos outros, deixando aberto o caminho para as inúmeras emendas constitucionais que, posteriormente, vieram a alterar o Judiciário e a estrutura da revisão judicial, das quais a mais significativa é justamente a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que estabeleceu a chamada Reforma do Judiciário, instituindo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como órgão desse Poder, em atenção à necessidade de um controle político mais efetivo, bem como alterando, sensivelmente, a estrutura da revisão

9 No início do século XVIII o *Act of Settlement* (1701) definiu claramente a independência dos juízes perante o Executivo, determinando, ainda, sua vitaliciedade no cargo, de modo que um juiz apenas poderia ser destituído do cargo por deliberação da maioria da Casa dos Lordes e da Casa dos Comuns, no curso de um processo em que ficasse demonstrada a prática de crime ou de sério desvio de conduta.

judicial, ao prever as súmulas vinculantes e a repercussão geral, bem como modificar a sistemática de recursos.

A Constituição de 1988 (CRFB/88) unificou as justiças (art. 92) e afirmou a autonomia do Poder Judiciário (art. 93), determinando que lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporia sobre o Estatuto da Magistratura, o qual deveria observar os seguintes princípios: (a) o ingresso na carreira mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (b) a promoção, alternada, por antigüidade e merecimento, atendidas as algumas normas que operacionalizam tais conceitos; (c) o acesso aos tribunais de segundo grau pelos mesmos critérios de antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; (d) a previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira; (e) a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados; (f) a vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; (g) a inamovibilidade, a determinar que o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de dois terços do respectivo tribunal, assegurada ampla defesa; (h) prerrogativa de foro, a determinar que os juízes estaduais de primeira instância, julgamento perante o Tribunal de Justiça.

No que diz respeito às incompatibilidades dos juízes a Constituição de 1988, em sua redação original, apresentava as seguintes vedações: (a) acumulação de cargo ou função, exceto uma de magistério; (b) recebimento de vantagens, além do vencimento; (c) atividade político-partidária; (d) residência em comarca distinta da que atua.

A autonomia dos Tribunais, prevista no art. 96 da CRFB/88, restringia o poder normativo e regimental, a respeitar as normas de processo e das garantias processuais das partes (inciso I, alínea *a*) em comparação com o texto constitucional anterior. Em contrapartida, tornava-se mais nítido o poder de organização dos Tribunais, pela determinação de que compete a eles organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correcional respectiva - o que reforça o poder de controle interno -, propondo a criação de novas varas judiciais - iniciativa de lei -, provendo na forma prevista na Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição, observando os limites impostos pelo art. 169, o que denota a preocupação com os limites de gasto de pessoal. A alínea *f* do mesmo inciso I do art. 96 determina a competência dos Tribunais para conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados. Nota-se a ênfase no auto-governo.

Os incisos I e II do mesmo art. 96 revelavam, ainda, a atenção voltada para uma clara repartição de atribuições entre os órgãos judiciários em matéria de iniciativa de leis, atribuindo-se, respectivamente: (I) ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça iniciativa para propor ao Legislativo respectivo (a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores, (b) a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimento de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, (c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores, e (d) a alteração da organização e da divisão judiciárias; (II) aos Tribunais de Justiça iniciativa para propor a criação da Justiça Militar estadual¹⁰.

A novidade ficou por conta do art. 99 da CRFB/88, que assegurava ao Judiciário autonomia administrativa e financeira, de modo que os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias nos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Os fundos são garantia de independência e o constituinte de 1988 reconheceu autonomia orçamentária e financeira ao Judiciário, prevendo que, ouvidos os outros tribunais interessados, o encaminhamento da proposta competiria, no âmbito da União, ao Presidente do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores, com aprovação dos respectivos tribunais, e, no âmbito dos Estados e no Distrito Federal e Territórios, aos presidentes dos tribunais de justiça, com aprovação dos respectivos tribunais.

Não se pode olvidar, contudo, da manutenção de certas normas de pré-ordenação administrativa e de funcionamento judiciárias – quinto constitucional (art. 94)¹¹ e previsão de órgãos especial para tribunais com mais de 25 membros (art. 93, XI)¹² – e da inclusão de outras, materializadas no princípio da publicidade dos julgamentos, da

10 A desvinculação de certas matérias, no entanto, possibilitou certa sobreposição para iniciar o processo legislativo, tendo em vista o disposto no art. 98 da CRFB/88, que obriga a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados, a criar juizados especiais, e a justiça de paz.

11 Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

12 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) XI - nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno.

fundamentação e da motivação das decisões jurisdicionais e administrativas, respectivamente, dos órgãos judiciários (art. 93, IX e X). Por fim, a exigência de *quorum*, de maioria absoluta, dos membros do tribunal para aplicação de sanções disciplinares (art. 93, X, *in fine*)¹³ deve ser mencionada.

O art. 92, que indica os órgãos componentes do Poder Judiciário, separa e distingue os tribunais federais e estaduais de justiça ordinária; e diferencia o protetor máximo da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, do guardião das leis federais, o Superior Tribunal de Justiça. A distinção de papéis institucionais operada pela CRFB/88 entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), empodera aquele, conferindo a ele mais poderes, com a fiscalização concentrada de constitucionalidade. O STJ passa a ser o tribunal de uniformização de sentido e alcance da lei federal, aplicada pela justiça comum federal e estadual¹⁴.

Nota-se que o Judiciário brasileiro, nesse sentido, possui um alto grau de independência, senão vejamos:

(a) em relação a sua autonomia (relação com os demais Poderes), levando-se em conta a regulação de sua estrutura geral e de seu orçamento, bem como a capacidade para regular e controlar a arbitrariedade no exercício do poder e a possibilidade de fulminar leis inconstitucionais, pode-se dizer que o Judiciário brasileiro é autônomo em grande medida, tendo em vista seu poder normativo e regimental e a ênfase no auto-governo (art. 96), bem como a garantia de autonomia financeira e administrativa (art. 99). Não se pode olvidar, contudo, da existência de algumas normas de pré-ordenação e funcionamento dos Tribunais (arts. 94, 93, XI). Por fim, deve-se ressaltar que concentra-se nas mãos do Judiciário o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público (art. 102, I, a), embora o Legislativo faça uma espécie de controle *a priori*, no interior da Comissão de Constituição e Justiça das Casas Legislativas do Congresso Nacional (art. 58 e Regimentos Internos), e o Executivo também possa o realizar, através do veto presidencial (art.84,V).

13 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

14 As emendas constitucionais que seguiram, notadamente a EC 45/2004, promoveram alterações nas competências dos dois tribunais, conforme veremos a seguir, em tópico específico.

(b) em relação à independência externa dos juízes da Corte Constitucional (sua relação com os demais poderes) está garantida, tendo em vista as regras constitucionais que estabelecem os mecanismos de nomeação e, especialmente, as garantias dos magistrados, pois ainda que sua nomeação se dê a partir da indicação do Presidente da República, após aprovação do Senado Federal (art. 101, parágrafo único), gozam os Ministros do Supremo de todas as garantias previstas para os magistrados, como a irredutibilidade de vencimentos, vitaliciedade, inamovibilidade (art. 95), e, ainda, das prerrogativas de foro (art. 102, I, *b e c*).

(c) em relação à independência interna dos juízes dos tribunais inferiores, definida como sua relação com os juízes das cortes superiores, também é plenamente assegurada pelas regras que determinam a utilização de concursos públicos para o preenchimento das vagas e de critérios objetivos para a promoção (art. 93), além das garantias constitucionais referentes à estabilidade e salário (art. 95), que garantem, conjuntamente, que as Cortes Superiores exerçam diminuta influência sobre o desenvolvimento profissional dos juízes dos tribunais inferiores, os quais gozam de considerável liberdade no exercício de seu ofício.

II.2) Controle de Constitucionalidade na CRFB/88

Cumprir observar, ainda, a estrutura da revisão judicial no Brasil, o que nos remete à questão do controle de constitucionalidade na nova ordem constitucional brasileira.

A revisão judicial, ou controle de constitucionalidade, consiste na verificação da adequação vertical que deve existir entre as normas infraconstitucionais e a Constituição, por isso consubstancia-se em um exame comparativo entre um ato legislativo (ou normativo do Poder Público) e a Constituição, com vistas a declarar inconstitucional todo ato dessa espécie que contrariar a Lei Fundamental de organização do Estado. Encontra fundamento na idéia de supremacia da Constituição, da existência de uma lei maior que se sobrepõe a todas as demais normas jurídicas existentes no país¹⁵.

15 O mecanismo de verificação da constitucionalidade das normas infraconstitucionais é uma construção do constitucionalismo norte-americano, a partir do famoso case *MARBURY v. MADISON*, relatado pelo então presidente da Suprema Corte Norte-Americana, John Marshall, em 1803, como decorrência inevitável da superioridade da Constituição em relação às demais normas. Na Europa, por outro lado, a partir do XX, foi instituído o controle de constitucionalidade em abstrato, exercido por um órgão não pertencente ao Poder Judiciário – uma Corte Constitucional – examinando a lei em tese e com efeitos *erga omnes*. O Brasil passou a admitir o controle judicial de constitucionalidade a partir da primeira constituição republicana (1891), introduzindo a forma de controle européia em 1965, com a EC nº 16 à Constituição de 1946.

A inconstitucionalidade – incompatibilidade entre um ato legislativo (ou administrativo) e a Constituição Federal – pode se dar por ação – quando atos legislativos (ou normativos) contrariam dispositivos constitucionais, o que pode ser verificado por motivos formais ou materiais, tendo sido o ato produzido por autoridade incompetente ou em desacordo com as formalidades legais (prazos, ritos, etc.) ou havendo desacordo em relação ao próprio conteúdo das normas constitucionais, respectivamente – ou por omissão, quando é a não-elaboração de atos legislativos ou normativos que impossibilita o cumprimento de preceitos constitucionais.

O controle de constitucionalidade pode ser exercido antes ou depois da aprovação do ato legislativo ou normativo: diz-se preventivo quando o controle é feito antes da elaboração da lei, pelo Poder Legislativo (via Comissão de Constituição e Justiça) ou Executivo (pelo veto presidencial), impedindo que um projeto de lei inconstitucional venha a ser promulgado; diz-se repressivo, quando o controle é realizado pelo Poder Judiciário, após a elaboração da lei ou ato normativo, com a finalidade de retirar esses atos da esfera jurídica, dada sua incompatibilidade com a norma constitucional maior.

O controle repressivo de constitucionalidade é feito por juízes e tribunais¹⁶ e se dá através de dois sistemas - em abstrato e em concreto. Adota-se o critério difuso no controle em concreto e o concentrado no controle em abstrato. Diz-se que o controle é difuso [em concreto] por ser exercido por todos os integrantes do Poder Judiciário, de sorte que qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade da lei no caso em exame¹⁷. Por outro lado, o controle concentrado [em abstrato] é exercido pelo Supremo Tribunal Federal e a decisão proferida terá efeitos *erga omnes* (vale para todos, produzindo coisa julgada mesmo para as pessoas e órgãos que não participaram da ação), tornando-se a lei fulminada pela inconstitucionalidade, imediatamente inaplicável. Nesse caso, o objeto da ação é a própria declaração da inconstitucionalidade do ato legislativo ou normativo, e os efeitos da decisão, além de *erga omnes*, podem ou não retroagir, alcançando a lei e todas

16 A Constituição brasileira admite, excepcionalmente, o controle realizado após a edição da lei ou do ato normativo pelo Poder Legislativo, através de decreto legislativo do Congresso Nacional visando a sustar atos normativos que exorbitem do poder regulamentar (CR/88, art. 84, IV) ou dos limites da delegação legislativa (CR/88, art. 68,§2º), conforme disposto no art. 49, V da CR/88; ou, ainda, por meio da rejeição de medidas provisórias pelo Congresso Nacional por apresentarem vício de constitucionalidade, por não atenderem aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência (CR/88, art. 62§5º).

17 Nesse caso, o objeto da ação é a satisfação de um direito individual ou coletivo e a inconstitucionalidade do ato legislativo ou normativo é argüido incidentalmente por qualquer das partes, autor ou réu.

as suas conseqüências jurídicas desde a sua origem (*ex tunc*) ou produzindo efeitos a partir de sua publicação (*ex nunc*).¹⁸

Atualmente, no Brasil, existem cinco modalidades de controle em abstrato ou direto de constitucionalidade: a) ação direta de inconstitucionalidade (ADI); b) ação declaratória de constitucionalidade (ADC); c) ação de inconstitucionalidade por omissão (ADI por omissão); d) representação interventiva; e) argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

De fato, a CRFB/88 instituiu, no âmbito do controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) em lugar da antiga representação de inconstitucionalidade, ampliando a titularidade – antes restrita ao Procurador-geral da República, agora contempla o Presidente da República, a mesa do Senado, Câmara de Deputados, e Assembléias Legislativas, os Governadores, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional, as Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de âmbito nacional (art. 103) – quanto o objeto de controle, pois a inconstitucionalidade pode se referir tanto à lei ou ato normativo federal ou estadual quanto à omissão¹⁹.

Previu-se, ainda, a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), decorrente da Constituição (art. 102, *pú*), mas sua regulamentação tardaria mais de uma década, até a promulgação da Lei nº 9882, de 1999. A ação declaratória de constitucionalidade (ADC), outro importante instrumento do controle concentrado de constitucionalidade, foi introduzida em 1993, por ocasião da Emenda Constitucional nº 3, mas ainda com legitimidade restrita, embora produzindo efeitos *erga omnes* e vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (art. 102, §2º).

Destacaremos, a seguir, algumas características da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que mais especificamente nos interessa para a presente análise, por se constituir no principal instrumento da judicialização da política.

18 Em geral, as decisões proferidas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) possuem efeitos *ex tunc*, contudo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (L. 9868/99, art. 27)

19 Art. 103 (...) § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) está prevista na CR/88, art. 102, I, a e visa à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante a Constituição Federal. Trata-se de uma ação de competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF), com procedimento próprio, estabelecido na Lei nº 9868/99, contudo, tratando-se de argüição de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal perante a Constituição Estadual, a competência originária será dos Tribunais de Justiça de cada Estado (CR/88, art. 125,§2º)²⁰. São legitimados para propor ADI, segundo o art. 103 da CR/88, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara de Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional²¹.

Saliente-se, que o controle de constitucionalidade, realizado em grande medida pelo STF, importa na interpretação das leis e atos normativos, pressupondo a supremacia da constituição, razão pela qual, como resultado das ADIs mais do que a mera declaração da inconstitucionalidade de uma lei – ainda que parcial, com redução de texto -, poderá a

20 Vale lembrar que a previsão constitucional do controle concentrado de constitucionalidade de lei estadual ou municipal em face das Constituições estaduais, não prejudica o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

21 Os diversos trabalhos empíricos, que se dedicam a analisar a utilização desse mecanismo pelos mais variados atores, têm apontado no sentido de que os Governadores de estados, o Procurador-Geral da República, os partidos políticos e confederações sindicais e entidades de classe são os mais significativos requerentes. Entretanto, chama a atenção o fato de que os partidos políticos aparecem como os mais assíduos em ADIs contra normas federais - mais de 40% do total, ou, mais precisamente, 2/5 do total de ADIs contra normas federais foram requeridas pelos partidos políticos - no período que compreende o governo FHC (a partir de 2003) e parte do governo LULA (até abril de 2008), sendo que os de oposição²¹ se destacam nesse grupo. (TAYLOR & DA ROS, 2008). De qualquer forma, as ADIs têm sido objeto analítico de interesse dos cientistas políticos especialmente por representarem um mecanismo que permite que alguns atores (aqueles constitucionalmente legitimados) obtenham uma decisão judicial de efeitos gerais, imediatos e vinculantes, a despeito da sobrecarga processual dos tribunais inferiores, tomada com base em reivindicações abstratas e contra qual não cabe recurso, constituindo-se em uma importante instrumento de contestação das políticas majoritárias. Ademais, as chances de inviabilizar parcial ou integralmente a legislação por meio das ADIs são relativamente elevadas – pouco maiores que uma em cinco (TAYLOR & DA ROS, 2008:830) – ainda que a importância política do STF não se restrinja aos casos em que ele efetivamente declara a inconstitucionalidade de uma lei, considerando que o simples acionamento da Corte Superior já surte efeitos políticos.

Corte Constitucional declarar de que modo a lei ou ato normativo deverão ser entendidos, ou seja, declarar o sentido que melhor se coaduna com a norma constitucional.

Por fim, merece destaque a competência recursal do Supremo Tribunal Federal, que torna ainda mais nítida sua função de guardar e uniformizar a interpretação do texto constitucional. Tínhamos como hipótese do recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (a) contrariar dispositivo da Constituição, (b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, (c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição, (d) declarar válida lei local contestada em face de lei federal. Posteriormente, a EC 45/2004 introduziu um mecanismo de filtragem a estabelecer um novo requisito para admissibilidade do recurso extraordinário: o recorrente deveria demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, sob pena de não reconhecimento, pela manifestação de dois terços dos membros do STF.

O controle difuso também encontrou previsão na CRFB/88, facultado o questionamento às partes, Ministério Público e ao próprio juiz, submetendo-se, nos Tribunais, à reserva de plenário ou de corte especial, pois somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros pode ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público (art. 97), mas apenas as decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal podem dar ensejo à suspensão de execução da norma pelo Senado Federal (art. 52, X), o que, na prática, importa eficácia *erga omnes*.

Como se pode observar, no Brasil, o arranjo constitucional favorece à judicialização tendo em vista:

(a) o arranjo institucional (alcance dos direitos constitucionais e da jurisdição originária da Corte Constitucional), que abarca um extenso rol de direitos e garantias fundamentais (arts. 5º e 6º, exemplarmente), bem como a competência do Supremo Tribunal Federal para exercer o controle concentrado de constitucionalidade, nos termos já mencionados.

(b) o alcance do poder jurídico, considerando que, no Brasil, o controle de constitucionalidade é realizado, pelo Poder Judiciário, *a posteriori*, em concreto e em abstrato, pelos juízes de tribunais inferiores ou pelo STF, e suas decisões tem efeitos *inter partis* ou *erga omnes*, respectivamente.

(c) regras de legitimidade, que incorporam um extenso grupo de atores políticos - destaque aos partidos políticos - que tem acesso especial a instrumentos legais que acionam, diretamente, o Supremo Tribunal Federal (STF); notadamente via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), conforme já observamos.

III. Reforma do Judiciário (EC/45): o Conselho Nacional de Justiça e o controle político do Judiciário brasileiro.

Isso tudo demonstra que com o novo cenário institucional no Brasil pós-88 a análise do processo legislativo deve se estabelecer, definitivamente, como uma tarefa com forte tendência a compartilhar fronteiras de atuação institucional, antes restritas ao campo Executivo-Legislativo, incluindo o Judiciário, para que se possa abordar a dimensão mais significativa de sua atuação para a vida pública, qual seja, a capacidade de revisão do processo legislativo por parte das Cortes Constitucionais. Para tanto, há que se superar a tendência de insulamento do Poder Legislativo nas análises da *policy-making* governamental.

TAYLOR (2007) aponta que mesmo quando o Judiciário é incluído em estudos abrangentes sobre o sistema político brasileiro, a análise dá pouca atenção à elaboração das políticas públicas, em parte pela dificuldade de traduzir o impacto do Judiciário em termos claros e objetivos. O autor alerta para o fato de que essa postura afeta significativamente a relação entre as análises dos cientistas políticos e o real funcionamento do sistema político, pois, se considerarmos apenas as políticas implementadas pelo governo federal, pode-se observar que a localização do Brasil na dimensão majoritária-consensual da democracia²² varia de acordo com o estágio do processo político - o sistema é altamente majoritário quando se trata do processo de deliberação de políticas públicas, mas tende para a forma consensual durante o processo de implementação das políticas - e o Judiciário desempenha um papel extremamente relevante para explicar essa dualidade, pois os tribunais ampliam o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas, mesmo depois de elas serem aprovadas por amplas maiorias legislativas.

Considere-se, ademais, o crescente reconhecimento pelos cientistas políticos de que os grupos de interesse procuram o local institucional mais favorável para contestar as políticas públicas (*venue-seeking*), e, por uma série de razões relacionadas à capacidade do Judiciário de impor suas decisões, não é de estranhar que ele venha sendo usado crescentemente como um *venue* importante para a contestação das políticas públicas.

Importante estudo levado a cabo por VIANNA, BURGOS & SALES (2007) aponta justamente para o fato de que, dentre os quatro principais postulantes de ADIs, no período de 1988 a 2005, os partidos políticos e as associações respondem por 19,8% e 24,9% do

22 A análise política brasileira tende a polarizar-se: de um lado o sistema político é tido como excessivamente consensual, repleto de jogadores de veto, o que tornaria o processo decisório intrinsecamente problemático. Em tal cenário, somente propostas que têm o apoio de uma ampla maioria podem ser aprovadas e muitos fatores restringem o processo decisório. Do outro lado do debate, sugere-se que o sistema político pode ser mais majoritário do que se pensa (Lijphart, 1999) e que o processo decisório e a mudança das políticas públicas não são tão difíceis e custosos quanto os primeiros apontam. (TAYLOR: 2007)

total de ações distribuídas, respectivamente. Cruzando-se esses dados com os relativos ao perfil desses autores na postulação da ADI, pode-se concluir que, no caso os partidos de esquerda são mais atuantes no ajuizamento de ADIs e que seu principal alvo são as normas federais, em forte evidência da adoção das ADIs como mecanismo de defesa das minorias políticas em face da maioria esmagadora do presidencialismo de coalizão, sobretudo durante o governo FHC.

Substancialmente demonstrada a judicialização como tática da oposição. Aliás, o mesmo estudo aponta para o fato de que a relevante participação dos governadores de estado, responsáveis pela propositura de 26% das ADIs no período, cujo principal alvo é a legislação estadual, pode indicar problemas na formação da vontade política local, seja porque o executivo não detém maioria nas assembleias estaduais, seja porque essa instância de poder, exposta às pressões de grupos de interesses particularistas, eventualmente produzem uma legislação casuística.

Por outro lado, as associações, responsáveis por 24,9% das ADIs propostas no período, concentram interesses, fundamentalmente, dos funcionários públicos (37%) e do empresariado (34,2%). Percebe, portanto, que as ADIs vêm sendo mobilizadas como instrumento de defesa de interesses de segmentos da administração pública (em especial magistrados e policiais, que, juntos, respondem por cerca de 50% das ADIs propostas pelas associações de funcionários públicos) em face das ações reformistas realizadas pela União. Metade das ADIs de associações (49,9%) é contra as normas produzidas pelos poderes federais. No que concerne às ADIs de empresários, os segmentos do comércio e da indústria respondem, juntos, por pouco mais da metade (51,9%), mas existe uma enorme diversidade dos segmentos que vêm mobilizando o STF. Por fim, as associações de trabalhadores, que respondem por pouco mais de 14% das ADIs propostas no período por esse tipo de ator, mobilizam temas de interesse mais amplo dos trabalhadores, conforme indica a forte presença das centrais sindicais (CNTI, CUT, CGT), que respondem por 28,5% das ADIs propostas pelas associações de trabalhadores.

Claramente, pode-se perceber que alguns grupos de interesse vêm elegendo o judiciário como o local institucional mais favorável para contestação das políticas públicas, o que, aliás, não se esgota no uso do STF.

Exemplarmente, durante o primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, o Judiciário foi sistematicamente convocado por atores externos para julgar todas as principais políticas públicas adotadas pelo Executivo e seus aliados no Congresso, através do recurso ao questionamento metódico acerca da constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público.

O governo Fernando Henrique barganhou duramente para produzir maiorias legislativas que o permitissem superar as rígidas regras

para a aprovação de emendas constitucionais ou leis complementares no Senado e na Câmara, mas ao final desse imenso esforço político, a contestação judicial da reforma foi um acontecimento crônico, usado recorrentemente por grupos deixados de fora das negociações entre membros do *parliamentary agenda cartel*. As mais significativas e reais ameaças às reformas surgiram no Judiciário e não no Legislativo: das 10 (dez) principais iniciativas políticas aprovadas durante o governo Fernando Henrique, todas foram contestadas de alguma forma pelo Judiciário, e 07 (sete) das 10 (dez) foram alteradas ou atrasadas de alguma maneira no STF. Em outras palavras, nem toda proposta do governo foi contestada judicialmente, mas as mais importantes e contenciosas certamente o foram, e com algum sucesso. (TAYLOR, 2007:236)

No decorrer da última década, o Judiciário revelou-se um importante ator político: tribunais repetidamente interromperam imensos leilões de privatização; a realização de uma delicada reforma no sistema de previdência social foi subvertida; e o Judiciário anulou ou mudou a legislação referente à reforma agrária, às reformas tributárias e a outras políticas públicas significativas.

Não teria sido a primeira vez. A hipertrofia judicial, sobreposta às decisões das tradicionais instâncias políticas, apresentou seus primeiros sinais no final dos anos de 1980, com o ajuizamento de ADIs pelas entidades de classe e partidos políticos de oposição, bem como pelas inúmeras ações individuais e coletivas movidas em oposição a medidas econômicas, fiscais e previdenciárias adotadas pelo governo. Basta lembrarmos o Plano Collor, que foi questionado judicialmente tanto pelo desrespeito formal à Constituição (uso da Medida Provisória e instituição de tributo em desatenção aos requisitos constitucionais), quanto por vícios materiais, com a violação dos direitos patrimoniais, por meios confiscatórios ou com efeito de desapropriação.

O Judiciário havia-se mostrado um ator político novo e poderoso, multiplicado em comarcas, seções e subseções judiciárias pelo Brasil afora, mas, diante do programa de privatização das estatais tornar-se-ia evidente o uso estratégico dos juízes e tribunais: petições ajuizadas em diversos locais contra editais, leilões e adjudicações, com o único objetivo de atrasar o processo, deram muito trabalho ao governo. Formava-se um consenso em torno da necessidade de reforma do sistema judiciário em nome da segurança jurídica e das estratégias do governo para a reforma do Estado. As propostas de reforma apontavam para aspectos que pareciam ter sido esquecidos pelo legislador constituinte: racionalização do sistema de fiscalização de constitucionalidade, desoneração do Supremo de certas competências e instituição de um controle externo que fizesse frente na independência do Poder.

Parece que a iniciativa que se evidenciou com a proposta de Reforma do Judiciário e se concretizou com a Emenda Constitucional nº 45/2004 a instituir o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no Brasil aponta no sentido do reconhecimento do Judiciário como um importante ator político a ser considerado pela lógica da delegação, e, mais, da consideração da necessidade de implementar um maior controle político sobre o esse Poder.

III. 1) A história da Reforma do Judiciário e da Emenda Constitucional 45/2004

O Executivo teve sua primeira vitória após a proposição da Emenda Constitucional nº 03/1993 e sua aprovação para instituir a ação declaratória de constitucionalidade (ADC); um passo no sentido de criar mecanismos que dessem autoridade às decisões do STF, de modo a reduzir os custos de transição judicial do governo, já que o grande número de atores judiciais com poder de veto importava aumento do custo econômico e político das decisões do governo.

Sempre que houvesse controvérsia constitucional - definida como decisões judiciais conflitantes a respeito da legitimidade constitucional de lei federal - o Presidente da República, as mesas da Câmara e a do Senado, bem como o Procurador-Geral da República poderiam provocar o Supremo para que uma decisão definitiva e vinculante a respeito fosse proferida.

Durante a década de 90 os debates acerca da reforma do judiciário fundamentavam-se, especialmente, no fortalecimento da democracia. Propostas de Emenda Constitucional tramitaram no Congresso (PEC 96/92 e PEC 112/95), audiências públicas e sessões de discussão foram realizadas, mas, sem sucesso. O assunto voltou a ser prioridade de governo no final dos anos de 1990 e, dessa vez, duas leis foram votadas (L 9868 e L9882) disciplinando a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF): reafirmavam-se os efeitos contra todos e a eficácia vinculante das decisões do Supremo, mas abriam o processo a entidades representativas da sociedade para emissão de pareceres, instituindo a figura do *amici curiae*, possibilitando, ainda, as audiências públicas, por decisão discricionária do relator.

Por outro lado, o Congresso Nacional iniciou uma forte campanha no sentido de desacreditar as instituições judiciárias, apontando inúmeras irregularidades e processos de corrupção no interior dos tribunais, o que culminou com a proposta do então Senador Antônio Carlos Magalhães de instaurar uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)²³ a

23 As Comissões Parlamentares de Inquérito são conhecidos mecanismos de controle parlamentar *ex post*, dirigidos centralmente a enfrentar o *risco moral* da delegação, cuja raiz se encontra na assimetria de informação existente entre mandante e agente.

investigar o Judiciário, alimentando o discurso de necessidade de um controle externo e não corporativo de sua atividade.

Instaurou-se, então, uma Comissão Especial para exame da PEC 96/1992, emitindo-se relatório de teor altamente centralizador, a prever a criação de um órgão de controle externo do Judiciário, bem como a instituição de diversos outros mecanismos que concentravam no controle e na responsabilização dos juízes e membros do Ministério Público. Após meses de embate, emendas, destaques, e negociações, votou-se por sua aprovação, em junho de 2000, nos seguintes termos: previa-se a súmula vinculante, a equiparação, em legitimidade e efeitos, entre a ADI e a ADC, a quarentena para juízes e membros do Ministério Público, o requisito da repercussão geral no recurso extraordinário e a instauração do Conselho Nacional de Justiça, dentre outras medidas. No Senado Federal a votação foi mais rápida, mas polêmica, sendo várias as emendas e apensamentos.

O Executivo esquentou ainda mais o debate com o pronunciamento do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que chamara o Judiciário de caixa preta, defendendo a idéia de uma Comissão das Nações Unidas examinar a justiça brasileira. A Operação Anaconda, deflagrada pelo Ministério Público e Polícia Federais, com o objetivo de desvendar esquema de falsificação de documentos, corrupção e venda de decisões judiciais para beneficiar criminosos, parecia ser o golpe de misericórdia na magistratura e, especialmente, no novo presidente do Supremo Tribunal Federal, Mauricio Corrêa, que, até então, atritava acirradamente com todos os defensores da Reforma do Judiciário.

Quando a PEC 96/1992 chegou à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado, em março de 2004, o presidente do STF estrategicamente recuou, apoiando aspectos da reforma e concentrando seus esforços na retirada da proposta de um órgão de controle externo ou em sua modificação para composição de um conselho formado, exclusivamente, por magistrados.

Na totalidade, foram 17 propostas que tramitaram juntas e foram discutidas em 14 audiências públicas, até se converterem em quatro, das quais nos interessa, particularmente, a de número 29/2000, que foi aprovada com a Emenda Constitucional 45/2004, promulgada em 8 de dezembro de 2004, introduzindo mudanças significativas na estrutura do Judiciário, das que se destaca, para o nosso propósito, a criação do Conselho Nacional de Justiça (CRFB, art. 103-B), com formação híbrida, embora predominantemente integrado por membros do Judiciário, com poderes para zelar pela autonomia da instituição e seu estatuto, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; exercer o controle administrativo de seus atos, cuidando da observância do art. 37 da Constituição (Princípios Gerais da Administração Pública), e apreciando, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo

desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Judiciários, inclusive contra seus serviços auxiliares, suas serventias e seus órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar ou correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada a ampla defesa, assim como rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares. (SAMPAIO: 2007: 112)

Ademais, as medidas centralizadoras do controle de constitucionalidade, também foram contempladas, com: (a) a criação da súmula vinculante, de modo que, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o STF poderia aprovar enunciado que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (CRFB, art. 103-A); (b) a extensão da eficácia vinculante às decisões definitivas em ADI por omissão (CRFB, art. 103, §2º); (c) a previsão da necessidade de ser demonstrada a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o STF examine a admissão do recurso extraordinário (CRFB, art. 102, §3º).

III.2) Conselho Nacional de Justiça

A história dos conselhos judiciais está intimamente ligada ao processo de independência do Poder Judiciário na Europa Continental, uma vez que a soberania dinástica, mesmo depois da revolução francesa, legou elementos estruturais que apenas sofreram redimensionamentos políticos para se adaptar ao discurso constitucionalista, a se considerar a burocracia administrativa e, nela, a teoria do poder real, agora executivo, de julgar.

Os teóricos modernos da separação dos poderes apontaram para um Judiciário que não se constitui propriamente como um Poder, senão como uma função especializada, ou, quando muito, um poder invisível e nulo (Montesquieu: 1748). O ideário *rousseauuniano* de soberania popular pôs-se na prática sob a forma da supremacia da Assembléia, interpretando-se as lições de Montesquieu sobre a separação dos poderes de maneira rigorosa sob as luzes de Rousseau: o legislativo era o poder supremo, mas independente o Executivo, e especializada, a função judicial.

No Brasil, como vimos, a história atual do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) está ligada à reforma do Judiciário, que se iniciou com a Proposta de Emenda Constitucional nº 96/1992. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão voltado à reformulação de

quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Foi criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005. Trata-se de um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional, que visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento no serviço público da prestação da Justiça.

A composição atual do CNJ, determinada pela recente Emenda Constitucional nº 61/2009, é a seguinte: o Presidente do Supremo Tribunal, um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; um Desembargador de Tribunal de Justiça e um Juiz Estadual, indicados pelo STF; um Juiz do Tribunal Regional Federal e um Juiz Federal, indicados pelo STJ; um Juiz de Tribunal Regional do Trabalho e um Juiz do trabalho, indicados pelo TST; um Membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República, que também indica, dentre os nomes designados pelo órgão competente de cada instituição estadual, um Membro do Ministério Público Estadual; dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da OAB; dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados pela Câmara de Deputados e Senado Federal. (CRFB, art. 103-B)

Além de outras conferidas pelo Estatuto da Magistratura, cabem ao CNJ as seguintes atribuições, previstas no art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal:

- Na Política Judiciária: zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações;
- Na Gestão: definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário;
- Na prestação de Serviços ao Cidadão: receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado;
- Na Moralidade: julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, e aplicar outras sanções administrativas;

- Na Eficiência dos Serviços Judiciais: melhores práticas e celeridade: elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País.²⁴

Se na Europa continental os conselhos superiores da magistratura representaram um avanço significativo no sentido da independência do judiciário, na medida em que nada lhe tomaram do poder de administrar-se, de que nunca antes dispuseram, mas, ao contrário, transferiram a colegiados onde a magistratura tem presença relevante, quando não majoritária, poderes de administração judicial e sobre os quadros da magistratura que historicamente eram reservados ao Executivo, o mesmo não se dá em contextos de reconhecimento e de conformação do autogoverno judiciário, podendo, ao contrário, sua instituição traduzir-se em retrocesso e violência constitucional, onde, como sucede no Brasil, a idéia da independência do judiciário está extensamente imbricada com os predicados de autogoverno crescentemente outorgados aos Tribunais. (Min. Sepúlveda Pertence, ADI 98-MT)

A inclusão de membros de fora da magistratura, com poderes de controle administrativo, orçamentário-financeiro e disciplinar compromete o autogoverno dos tribunais - garantido constitucionalmente pelos arts. 96, 99 e parágrafos, e 168 da CRFB/88 - apontando para um controle político, dando-se por abalada a autonomia do Judiciário. Destaque-se, ainda, que a possibilidade de juízes de instâncias inferiores julgarem juízes de categorias superiores desvirtua o princípio da hierarquia judiciária e o inverso pode afetar profundamente a independência interna dos juízes dos tribunais inferiores.

Some-se a isso o fato de que a independência do Judiciário no Brasil já vem limitada do berço, a considerarem-se os vínculos com os demais poderes para nomeação de diversos cargos judiciais - com destaque para o Supremo Tribunal - para a elaboração dos orçamentos, a criação ou extinção dos tribunais ou de seus cargos e membros, o estabelecimento de vencimentos e subsídios ou a disciplina da organização judiciária.

Por outro lado, o Judiciário é visto como o ramo de governo (ou de Estado) politicamente menos democrático, porque não se acha submetido nem à investidura política nem ao controle popular. Em vista de sua atuação no âmbito do controle de constitucionalidade das leis e, até mesmo, da legalidade dos atos administrativos, ampliam-se as vozes que relembram o seu isolamento institucional e o seu caráter contra-majoritário, exigindo comedimento e *self-restraint*. Isso coloca, sem dúvida, em questão, a estrutura da revisão judicial, que, foi, também, sensivelmente modificada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com tendências centralizadoras.

24 WWW.cnj.jus.br, acessado em 30 de maio de 2010.

Os arranjos constitucionais, que incluem a jurisdição originária das Cortes Constitucionais foram alterados, na medida em que o controle de constitucionalidade foi centralizado, ao instituir-se a súmula vinculante e a repercussão geral como requisito do recurso extraordinário, encaminhando para o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário – e o mais político deles, dada sua forma de constituição – as questões acerca da constitucionalidade das leis e atos normativos. Ademais, o alcance do poder jurídico, a ser definido pelo modo como o controle de constitucionalidade é realizado, sofreu com a mesma centralização, pela verticalização operada a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004.

O ainda possível controle difuso de constitucionalidade e, talvez de modo mais amplo, a possibilidade de os diversos juízos e tribunais inferiores construírem suas convicções acerca da constitucionalidade das leis e atos normativos foi golpeada pela súmula vinculante.

Ademais, a alteração do sistema recursal, com a introdução do requisito da repercussão geral, a motivar a postura do STF de afirmar a tese da transcendência de motivos determinantes em sede de controle abstrato de constitucionalidade, concentrou maiores poderes nas mãos da Suprema Corte.

A repercussão geral é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que funciona como um mecanismo de filtragem recursal, permitindo afastar do âmbito dos trabalhos do STF as causas que são entendidas como de menor importância e cujo pronunciamento do tribunal não se justificaria. A decisão acerca da inexistência da repercussão geral vincula o próprio Tribunal - vinculação horizontal (art. 543-A, §5º, do CPC) - e, nos processos com idêntica controvérsia, impõe vinculação vertical, à medida que os Tribunais de origem repesam os recursos e estes são considerados automaticamente não admitidos quando negada a existência da repercussão geral (art. 543-B, §2º, do CPC).

Esse filtro recursal animou o STF a modificar sua postura em relação aos efeitos de suas decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Tradicionalmente, somente a parte dispositiva das decisões e das deliberações colegiadas é que são abrangidas pela eficácia preclusiva da coisa julgada. No entanto, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem firmado entendimento de que a eficácia vinculante das deliberações não se cinge somente à parte dispositiva do julgado, mas abrange também os próprios fundamentos determinantes da decisão, com base no princípio da supremacia formal e material das normas constitucionais. O fenômeno da transcendência dos motivos determinantes basicamente consiste no reconhecimento da eficácia que transcende o caso singular, não se limitando à parte dispositiva da decisão, de modo a se aplicar aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando

consubstanciar declaração de inconstitucionalidade. Significa que, na prática, os fundamentos da decisão do STF – a *ratio decidendi* – em sede de ADI vinculam o Poder Judiciário e Administração Pública à sua observância.

Exemplificando, se o STF declara a inconstitucionalidade de uma lei **A**, do estado **X**, os fundamentos de sua decisão terão efeitos vinculantes para se declarar inconstitucional uma idêntica lei **B** de outro estado **Y**, que, no entanto, não foi objeto do controle concentrado, de modo que a lei **B** poderá ser afastada de incidência se houver uma reclamação diretamente no STF com base na transcendência dos motivos que determinaram aquela decisão da lei **A**.

Conclusões

A independência do Judiciário é pressuposto para a limitação efetiva dos poderes e a garantia dos direitos, pois em sua ausência o Judiciário não pode exercer livremente o controle de constitucionalidade e legalidade dos atos do governo, comprometendo seriamente o Estado de Direito e, com ele, as liberdades. Um judiciário independente é pressuposto da garantia da Constituição e dos direitos individuais contra o mau humor dos governantes e, em determinadas circunstâncias, do próprio povo em relação a ele mesmo, conforme nos ensinou Hamilton (1961:469).

Montesquieu acreditava que, antes de qualquer outro direito, era a segurança jurídica que justificava a separação do poder de julgar dos demais poderes, especialmente pela confiança que os jurisdicionados tinham na solução dos conflitos por uma autoridade imparcial, inclusive em face dos interesses da Administração.

Além da garantia dos valores liberais, destaca-se a necessidade da independência para restaurar ou promover a democracia e a proteção das minorias, notadamente a frear os impulsos da maioria para inovar perigosamente as regras do jogo.

Contudo, a garantia constitucional de independência orgânica e funcional do Judiciário não é certeza de independência de fato, especialmente devido às nomeações dos tribunais superiores serem feitas por arranjos políticos entre Executivo e Legislativo, de que é exemplo o sistema de nomeação para o Supremo Tribunal Federal brasileiro. Nesse sentido, uma espécie de sentimento de lealdade e gratidão que os magistrados cativariam pelo Presidente que os nomeia poderia comprometer as garantias formais, previstas constitucionalmente.

A ampla independência do Poder Judiciário brasileiro, garantida pelo legislador constituinte, somada a estrutura revisional, também prevista no texto constitucional, conforme originalmente proposto em 1988, colocou o Poder Judiciário na cena política.

Sem dúvida, o desenho institucional era propício para o protagonismo dos juízes e tribunais, podendo o fenômeno da judicialização da política ser compreendido em termos de sucessivas delegações que ora o Executivo, ora o Legislativo, realizavam, na qualidade de *principals* para esse agente.

Por outro lado, conforme já apontado, não há delegação sem perdas de agenciamento, e daí a necessidade do estabelecimento de controles políticos sobre o Judiciário, de que é fruto o longo debate acerca da Reforma do Judiciário, culminando com a modificação constitucional promovida pela EC 45/2004, a qual altera não apenas os padrões de independência do órgão, como a estrutura da revisão constitucional.

O controle parlamentar (ou político), que assegura que as decisões majoritárias sejam corretamente implementadas, evitando que a vontade dos legisladores seja desvirtuada pelos agentes da delegação, é uma ferramenta presente em todas as legislaturas democráticas, mas o tema sempre foi abordado restritivamente, em termos de um controle do Executivo, nos regimes presidencialistas latino-americanos.

Como vimos, o controle parlamentar realça o papel do Legislativo na implementação das decisões majoritárias e pressupõe que as democracias representativas se estruturam a partir de uma rede de delegações de poder, iniciada pelo cidadão, com o voto, e pautada pela relação mandante-agente. O principal risco da delegação é a de que o agente se volte contra o interesse de quem delega, de onde a necessidade de que determinados mecanismos de controle sejam implementados com o objetivo de atenuar as conseqüências indesejáveis da delegação.

Considerando o empoderamento do Poder Judiciário, a partir do favorável desenho institucional legado pela Constituição de 1988, deve-se pensar a teoria da delegação e os mecanismos de controle parlamentar para além das relações Executivo-Legislativo, incluindo-se na análise da lógica da atuação parlamentar as relações que essa arena estabelece com o Judiciário. Conforme demonstrado, o processo de Reforma do Judiciário, que culminou com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, revelou uma espécie de controle horizontal, reorganizando o Estado com o propósito de prevenir, anular, corrigir ou punir as ações do Poder Judiciário, consideradas ilegais por invasão de autoridades, via freios institucionais.

O Conselho Nacional de Justiça cumpre esse papel: sua composição híbrida, incluindo, ainda que timidamente, membros de fora do Poder Judiciário, com competência disciplinar, inclusive, esmorece a autonomia do Judiciário, ainda mais se considerarmos que os dois cidadãos, de notório saber jurídico e reputação ilibada, a compoem o Conselho, são indicados pelo Congresso Nacional. Ademais, o Procurador-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal

Superior do Trabalho, todos órgãos compostos por membros indicados pelo Poder Executivo, por sua vez, também indicam membros para compor o Conselho.

Ademais, a instituição do CNJ também afeta a independência interna dos juízes de tribunais inferiores, dada a possibilidade de o exercício do poder disciplinar pelo Conselho, que pode derivar para uma espécie de perseguição dos magistrados. Parece que dos três elementos em que se desdobra a independência do Judiciário, o único que se mantém intacto diante da reforma é a da independência externa dos juízes da Corte Constitucional. Não se deve olvidar, contudo, de que o recrutamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não segue a lógica de ocupação dos cargos do restante do Poder Judiciário, mas, ao contrário, dá-se através de nomeação, pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (CRFB, art. 101, parágrafo único). Sem dúvida, portanto, que o STF é o mais político dos órgãos do Poder Judiciário, não apenas não segue o princípio meritocrático de recrutamento de seus membros, mas principalmente porque disputa a representação da soberania, ao assumir o papel de guardião da constituição, que exerce através do controle de constitucionalidade.

Aliás, a estrutura da revisão judicial sofreu severas modificações com a EC 45/2004, concentrando-se ainda mais poder nas mãos do STF. Parece que, na impossibilidade controlar o judiciário em todas as suas instâncias, na atuação em todas as comarcas, optou-se por centralizar o controle de constitucionalidade ainda mais nas mãos da Corte Constitucional, na esperança de exercer sobre ela um controle mais efetivo, reduzindo complexidade ao reduzir o número de atores com poder de veto.

Assim é que a súmula vinculante, editada pelo STF, impõe limites à atuação dos tribunais e juízes espalhados Brasil afora, no que diz respeito às questões constitucionais. Do mesmo modo a exigência da repercussão geral como requisito para admissibilidade do recurso extraordinário – próprio para embates acerca da constitucionalidade das leis e atos normativos – limita sensivelmente a amplitude do debate. Ademais, o atual entendimento do STF no sentido de que pode haver transposição dos motivos determinantes de uma decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade para estender seus efeitos a outro caso, que não foi, ele próprio, objeto de controle, amplia e concentra seus poderes revisionais.

Parece que o resultado da reforma do judiciário, com a conseqüente criação do CNJ e modificação da estrutura da revisão judicial diminuiu a independência do judiciário, mas empoderou ainda mais o Supremo Tribunal Federal. Sem dúvida que isso facilita o controle parlamentar, que deve então se concentrar sobre os agentes dessa Corte, ao invés de ter de se dirigir a todos os que ocupam a complexa estrutura do Judiciário no país. Resta saber de que modo a relação entre o Executivo, o Legislativo e o Supremo Tribunal deverá se estabelecer a partir daí.

Bibliografia

ARAÚJO, Gisele Silva. (2004) **Participação através do Direito: a judicialização da política.** Comunicação para o VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais, Coimbra.

ARNOLD, R. Douglas. (1990) **The Logic of Congressional Action.** New Haven: Yale University Press.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. (2004) **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.** *Revista de Sociologia e Política*, nº 23, p. 115-126.

CITTADINO, Gisele. (2000) **Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro, Lumen Juris.

DOTAN, Yoav; HOFNUNG, Menachem. (2005) **Legal Defeats – Political Wins: Why do Elected Representatives Go to Court?** *Comparative Political Studies*, vol. 38, nº 1, p. 75-103.

LLANOS, Mariana; MUSTAPIC, Ana Maria. **Controle Parlamentar na Alemanha, na Argentina e no Brasil.** Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer, 2005.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. (2002) **Sentidos da judicialização da política: duas análises.** *Lua Nova*, nº 57, p.113-133.

MARCH, James G & OLSEN, Johan P. (2008) **Neo-institucionalismo: fatores organizacionais na vida política.** *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, vol. 16, nº 31, p. 121-142.

MORAES, Alexandre de. (2008) **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. (2005) **Judiciário e Privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?** *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 48, nº 3, p. 559-587.

RIOS-FIGUEROA, Julio; NAVIA, Patrício. (2005) **The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America.** *Comparative Political Studies*, vol. 38, nº 2, p. 189-217.

RÍOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew M. (2006) **Institutional Determinants of the Judicialisation of Policy in Brazil and Mexico.** *Journal of Latin American Studies*, vol. 38, nº 4, p. 739-766.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a Independência do Judiciário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Fabiano Guilherme Mendes dos (org) **O Poder Legislativo nos estados: diversidade e convergência.** Rio de Janeiro: FGV, 2001.

SARTORI, Giovanni. **Elementos de Ciência Política.** Madrid: Alianza editores, 1992.

SHEPSLE, K. & WEINGAST, B. (Eds.) (1995) **Positive Theories of Congressional Institutions.** Michigan: The University of Michigan Press.

TAYLOR, Mathew M.; DA ROS, Luciano. (2007) **O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil.** DADOS – *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 50, no 2, pp. 229 a 257.

TAYLOR, Mathew M.; DA ROS, Luciano. (2008) **Os Partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política.** DADOS – *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 51, nº 4, p. 825-864.

TATE, C. & VALINDER, Torbjorn. (1995) **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University Press.

VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário, Positivização do Direito Natural e Política.** (1996) *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, nº 18.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii.* (1999) **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan.

VIANNA, Luiz Werneck (org). (2002) **A democracia e os três poderes no Brasil.** Belo Horizonte: Editora UFMG

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. (2007) **Dezessete anos de judicialização da política.** *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, v. 19, nº 2, p. 39-85.