

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E  
ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA**

**CLAUDIA MARIA BARBOSA**

**SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

P762

Política judiciária, gestão e administração da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;

coordenadores: Claudia Maria Barbosa, Sérgio Henriques Zandona Freitas, Lucas Gonçalves Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-125-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Política judiciária. 3. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



# **XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA**

## **POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA**

---

### **Apresentação**

O acesso à justiça é certamente um dos mais importantes direitos humanos, porque sem ele todos os demais podem estar ameaçados. No estado moderno a justiça se faz por meio do Estado, que tem o monopólio do direito, da força e também dos meios para dizer o justo. O estado democrático de direito que se pretendeu, e ainda se busca, concretizar com a constituição brasileira, tem um forte compromisso com a realização da justiça e com a legitimidade do judiciário, inequivocamente expresso no princípio da inafastabilidade da jurisdição apregoado no artigo 5º, XXXV da nossa carta, que reflete a crença e a importância do judiciário para a sua consolidação. O parágrafo introdutório precedente utiliza de forma intencional diferentes acepções de justiça e algumas de suas faces, discutidas nos textos que compõem este volume. O protagonismo do judiciário no século XXI lhe impõe novos desafios que os estudos que se vem desenvolvendo neste grupo tencionam enfrentar. Em comum, eles têm o judiciário e/ou suas atividades como objeto de investigação; expressam a crença de que a realização da justiça é condição necessária, embora não suficiente, à consolidação do estado democrático de direito; afirmam a convicção de que o judiciário forte decorre de sua legitimidade, e esta depende do comportamento ético de seus membros, da atuação transparente de seus órgãos e da busca por meios efetivos de realização da justiça, para a concretização de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Este volume intitulado Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça reúne 23 trabalhos de mais de uma dezena de estados da federação e quase duas dezenas de programas de pós-graduação, agrupados em três grandes temas, complementares entre si: política judiciária, isto é, políticas públicas que indicam, ou deveriam nortear, a atuação do judiciário e do sistema de justiça; gestão e análise de órgãos judiciários e da organização do sistema de justiça brasileiros; alternativas ao monopólio da jurisdição e às formas de realização da justiça. Todos comprometidos em manter a legitimidade e construir efetivos mecanismos de legitimação do judiciário brasileiro, para aproximar a justiça dos cidadãos e assegurar uma melhor justiça para todos. A partir de diferentes aportes teóricos e metodológicos, o livro reúne estudos empíricos, investigações comparadas e pesquisas teóricas que buscam desvelar, compreender, analisar, avaliar e discutir as condições em que se realiza a justiça no Brasil e como se dá o efetivo acesso à justiça no país. Esperamos que as leituras aqui disponíveis possam instigar um número cada vez maior de investigadores interessados em estudos sobre o sistema de justiça e preocupados em arquitetar uma justiça cada vez mais justa.

Claudia Maria Barbosa - PUCPR

Lucas G. Da Silva - UFS

Sérgio Henriques Zandoná Freitas FUMEC

## **JURISTOCRACIA NO BRASIL A PERSPECTIVA DE RAN HIRSCHL SOBRE O EMPODERAMENTO JUDICIAL**

### **JURISTOCRACY IN BRAZIL RAN HIRSCHL'S PERSPECTIVE ABOUT JUDICIAL EMPOWERMENT**

**Claudia Maria Barbosa  
Gabriele Polewka**

#### **Resumo**

Dentro da visão clássica de separação de poderes, o Judiciário, originalmente, ocupava a posição mais fraca. O que se observa hoje, contudo, é um deslocamento de poder das instituições representativas para as judiciais, erigindo um novo tipo de regime político chamado de juristocracia pelo cientista político canadense Ran Hirschl. Este paper se propõe a discutir esse deslocamento de forças com base na ideia de preservação hegemônica, apresentada por Hirschl na sua obra *Towards Juristocracy*, cuja hipótese central é que as elites políticas, econômicas e sociais transferem poder ao Judiciário, de forma voluntária, quando ameaçadas de perder a hegemonia na esfera política. No Brasil, a Constituição de 1988 transformou o Supremo Tribunal Federal numa das Cortes mais poderosas do mundo em termos institucionais, que funciona, ao mesmo tempo, como Corte constitucional, revisional e penal e a quem cabe decidir as questões mais fundamentais para a sociedade. Apresentaremos, primeiramente, os exemplos utilizados por Hirschl para ilustrar a sua tese acerca do empoderamento judicial através da constitucionalização, analisando as transformações políticas e econômicas ocorridas na história recente de Israel, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul, fazendo, na sequência, uma análise do fenômeno no Brasil. Encerramos concluindo que não é possível determinar, em princípio, a ocorrência da hipótese de preservação hegemônica no Brasil, mas que a análise de Hirschl, ao oferecer uma resposta que desafia a visão tradicional sobre a judicialização da política, contribui para a discussão e análise do fenômeno no Brasil.

**Palavras-chave:** Democracia, Constitucionalismo, Judicial review, Juristocracia

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

Within the classical view of separation of powers, the judiciary originally occupied the weaker position. What is observed today, however, is a displacement of power from representative institutions to the judiciary, erecting a new kind of political regime that the Canadian political scientist Ran Hirschl called juristocracy. This paper intends to discuss this movement basing on the idea of hegemonic preservation, presented by Hirschl in his work *Towards Juristocracy* whose central hypothesis is that the political, economic and social elites voluntarily transfer power to the judiciary, when threatened of losing their hegemony in the political sphere. In Brazil, the 1988 Constitution turned the Supreme Court into one of the

world's most powerful courts, which works at the same time as constitutional court, court of appeals and criminal court, responsible for deciding the most fundamental issues for Brazilian society. We present at first, the examples used by Hirschl to illustrate his thesis about the judicial empowerment through constitutionalization, analyzing the political and economic changes in recent history of Israel, Canada, New Zealand and South Africa, followed by an analysis of the phenomenon in Brazil. We conclude that it is not possible to determine, in principle, the occurrence of hegemonic preservation in Brazil, but that Hirschl's analysis that offers an answer that challenges the traditional view on the judicialization of politics, contributes to the discussion and analysis of the phenomenon in Brazil.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Democracy, Constitutionalism, Judicial review, Juristocracy

## 1 INTRODUÇÃO

Dentro da visão clássica de separação de poderes, o Judiciário, originalmente, ocupava a posição mais fraca.<sup>1</sup> O que se observa hoje, contudo, é um deslocamento de poder das instituições representativas para as judiciais, falando-se, inclusive, numa "juristocracia", termo cunhado pelo pesquisador Ran Hirschl, professor de Ciência Política e Direito na Universidade de Toronto.

Em todo o mundo, reformas constitucionais vêm transferindo poder de instituições representativas para o Judiciário. A constitucionalização de direitos e implementação de revisão judicial ou controle constitucional (*judicial review*) são comumente vistos como instrumentos de origens progressistas e que teriam como consequência uma positiva redistribuição de poder em determinada sociedade, um verdadeiro compromisso com a democracia.

Advoga-se que, numa verdadeira democracia, minorias devem ter proteção legal de direitos, em forma de uma constituição escrita, que não pode ser alterada nem pelo Parlamento. Relaciona-se, por outro lado, a expansão do poder judicial a um Estado com sistema político disfuncional e a constitucionalização como a melhor maneira de superar a ingovernabilidade política (HIRSCHL, 2004, p.32-37).

Hirschl (2004, p.49) desafia esta visão ao afirmar que:

*[...] the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review result from a strategic pact led by hegemonic yet increasingly threatened political elites, who seek to insulate their policy preferences against the changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests. The changes that emerge reflect a combination of the policy preferences and professional interests of these groups<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> Hamilton, em *Federalistas* n.º 78, já afirmava que "quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela mesma natureza das suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem de atacá-la. O Poder Executivo é o dispensador das dignidades e o depositário da força pública; o Legislativo dispõe da bolsa de todos e decide dos direitos e dos deveres dos cidadãos: mas o Judiciário não dispõe da bolsa nem da espada e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Sem *força* e sem *vontade*, apenas lhe compete juízo; e esse só deve a sua eficácia ao socorro do Poder Executivo. (HAMILTON; MADISON, 2003, p.458).

<sup>2</sup> Tradução livre: [...] a constitucionalização de direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis.

Sob esse fundamento Hirschl desenvolve uma nova explicação para o empoderamento judicial através da constitucionalização, considerando-o como uma forma egoísta de preservação hegemônica (*hegemonic preservation thesis*). À progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário, ou seja, à substituição da negociação política pelo julgamento, do voto pela sentença, Hirschl chamou de juristocracia. Para Fabian Unterberger (2012, p.249), da Universidade de Viena:

*[...] was Hirschl Juristokratie nennt, ist nichts anderes als das Eingeständnis der Eliten, dass ihre Interessen nicht mit denen der großen Mehrheit vereinbar sind. Den new constitutionalism, der die Form einer Juristokratie annimmt (Hirschl 2000, 2001, 2004), erklärt sich Hirschl aus der Lage diskreditierter politischer und ökonomischer Eliten, die zur Durchsetzung ihrer Politiken zu einem Bündnis mit juristischen Eliten und der Judikative greifen, da sich für ebendiese Politiken keine Mehrheiten mehr mobilisieren lassen bzw. diese zu bröckeln beginnen.<sup>3</sup>*

Nas últimas duas ou três décadas tem aparecido casos extremos de judicialização da política. Na África do Sul, coube à Suprema Corte decidir se o pacto político pós-apartheid era ou não aceitável. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional definiu qual seria o lugar do país no contexto da União Europeia. Em Israel, os magistrados decidiram o que se deve entender por "estado judeu e democrático". Nenhum desses assuntos é, por natureza, uma questão jurídica ou legal. São temas eminentemente políticos, que definem a identidade de uma nação.

Hirschl adverte que os políticos buscam muitas vezes apenas os resultados imediatos para suas políticas e nem sempre dão a devida atenção aos seus desdobramentos posteriores, potencialmente prejudiciais ou negativos. Assim, uma das consequências de longo prazo da judicialização da política através da constitucionalização de direitos e estabelecimento do *judicial review* pode ser justamente a ameaça à imagem pública do judiciário como politicamente imparcial, já que as decisões das Cortes, identificadas com setores sociais específicos, geram ressentimento em outros círculos (religiosos, por exemplo) e podem ser identificadas pela opinião pública como tendenciosas, levando à perda de credibilidade no longo prazo.

---

<sup>3</sup> Tradução livre: [...] o que Hirschl chama de juristocracia, nada mais é do que o reconhecimento por parte das elites de que seus interesses não são mais compatíveis com os da maioria. Hirschl explica o novo constitucionalismo que assume a forma de uma 'juristocracia' sob a ótica de elites políticas e econômicas desacreditadas que, para consecução de suas políticas, para as quais não conseguem mais mobilizar maiorias, se aliam a elites jurídicas e judiciárias.



Em muitos países a delegação voluntária de poder ao Judiciário por elites políticas ameaçadas, mas ainda dominantes foi fortemente apoiada por forças econômicas influentes e que viram na constitucionalização um meio para promover a desregulamentação econômica e por Cortes Supremas com vistas a um aumento de sua influência política e visibilidade internacional. Não se trata, portanto, de processos acidentais ou fortuitos.

No Brasil, a Constituição de 1988 transformou o Supremo Tribunal Federal numa das Cortes mais poderosas do mundo em termos institucionais, que funciona, ao mesmo tempo, como Corte constitucional, revisional e penal e a quem cabe decidir as questões mais fundamentais para a sociedade. Além disso, o STF tem funcionado como árbitro de disputas políticas já que partidos de oposição passaram, cada vez mais, a buscar na Corte os resultados que não conseguem ou não conseguiriam pela via eleitoral ou parlamentar.

Este trabalho se propõe a discutir esse deslocamento de forças com base na ideia de preservação hegemônica, apresentada por Hirschl na sua obra "Towards Juristocracy", cuja hipótese central é, como visto, que as elites políticas, econômicas e sociais transferem poder ao Judiciário, de forma voluntária, quando ameaçadas de perder a hegemonia na esfera política e até que ponto isso se aplica ao Brasil.

Utilizando o método hipotético-dedutivo apresentaremos, primeiramente, os exemplos utilizados por Hirschl para ilustrar a sua tese acerca do empoderamento judicial através da constitucionalização, analisando as transformações políticas e econômicas ocorridas na história recente de Israel, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul, fazendo, na sequência, uma análise do fenômeno no Brasil.

Ao final, algumas considerações serão feitas a partir dos argumentos apresentados.

## **2 A PRESERVAÇÃO HEGEMÔNICA DE RAN HIRSCHL EM AÇÃO**

Hirshl, na sua análise do empoderamento judicial procura demonstrar empiricamente as origens e consequências das "revoluções constitucionais" ocorridas em Israel, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul. Para ele, estas trouxeram, sem dúvida, a defesa de liberdades e garantias fundamentais, desrespeitadas pelos regimes depostos (o que também ocorreu no Brasil), mas também consagraram, por outro lado, princípios do neoliberalismo, tais como individualismo, desregulação e a precarização dos serviços públicos, trazendo consequências sociais e econômicas nefastas. Abandonava-se, assim, o keinesianismo, base do welfare state,

para beneficiar políticas de orientação mercadológica típicas do neoliberalismo. A seguir, detalhamos como Hirschl analisou os processos de constitucionalização nestes países.

## 2.1 ISRAEL

A revolução constitucional de 1992 em Israel é um exemplo ideal do empoderamento judicial conforme concebido por Hirschl. A consolidação constitucional de direitos e introdução do *judicial review* em Israel foram iniciadas e apoiadas por políticos representantes da burguesia laica Ashkenazi (judeus de origem europeia e geralmente mais bem situados econômica e socialmente) cuja histórica hegemonia política nos órgãos majoritários, como o parlamento – Knesset - vinha sendo progressivamente ameaçada. Diversas forças políticas emergentes da heterogeneidade social israelense, representada, além dos Ashkenazi, pelos Mizrahi e Sephardi (na maioria judeus de origem norte africana e mediterrânea), imigrantes da antiga União Soviética, uma minoria de imigrantes judeus vindos da Etiópia e também uma crescente comunidade residente de trabalhadores estrangeiros não judeus, em grande parte ilegais, começaram a ganhar força e representatividade.

Para além da explicação comumente utilizada para não ter sido promulgada, antes de 1992, uma carta de direitos em Israel, fundada no legado colonial britânico de supremacia parlamentar, parece mais plausível, segundo Hirschl, que os detentores do poder político na legislatura pré 1990 não estivessem inclinados a delegar poderes ao judiciário já que sua hegemonia política e controle do parlamento permaneciam praticamente inatacados. Nas primeiras três décadas da independência, o partido dominante na política israelense, o Mapai de Ben-Gurion, opôs-se veementemente à adoção de uma carta de direitos e proclamou o caráter democrático da soberania parlamentar e da regra da maioria. Enquanto a burguesia Ashkenazi, através de seus representantes políticos, manteve controle sobre o parlamento israelense, não tinha motivos para minar sua posição delegando poder ao Judiciário através da consolidação de direitos e estabelecimento do "judicial review", o que só ocorreu quando procuraram controlar a sua gradual perda de representatividade política e apoio popular no início dos anos 1980, formando uma coalizão de diversos partidos que iniciou o empoderamento institucional do Judiciário.

Representante da oposição, Amnon Rubinstein, do partido Meretz, de esquerda, propôs, em 1991, com a concordância tácita do então Ministro da Justiça, Dan Meridor (do

Likud, partido de direita) o esboço do que culminou na edição de duas leis básicas de direitos civis e liberdades (*Human Dignity and Liberty e Freedom of Occupation*), bem como a emenda à lei básica: *The Government*, o que pavimentou o caminho para um controle judicial ativo em Israel, conferindo à Suprema Corte autoridade tanto para monitorar de perto a arena política, quanto para rescindir qualquer legislação inconstitucional promulgada pelo Knesset.

Assim, o nível insustentável de desigualdade social atingido em Israel levou os grupos marginalizados (habitantes da periferia pobre, imigrantes, etc) a se oporem à burguesia dominante, fazendo crescer sua participação na política à partir da metade dos anos 1980 e, em consequência, provocou a transferência do *locus* de discussão política do parlamento para o Judiciário, por sua vez formado por uma elite quase toda originada da mesma classe social e com ligações profundas com a burguesia Ashkenazi.

Esse empoderamento intencional do Judiciário também foi apoiado em grande medida pela elite econômica do País, como meio de obter a liberalização da política econômica israelense tornando-a mais orientada para o mercado e, em consequência, desmantelando o estado de bem estar social, o que ficou evidenciado por uma série de privatizações nas áreas de telecomunicações, bancos e conglomerados industriais, surgimento de serviços médicos e educação particulares, desregulação do mercado de capitais e do câmbio, etc, bem como a liberalização do mercado de trabalho e a não inclusão de cláusulas de obrigação constitucional formal para o Governo israelense nas áreas de saúde básica, moradia ou educação para todos.

São três os fatores que, segundo Hirschl, facilitam a delegação de poder às cortes e diminuem os riscos de curto prazo para elites políticas que, voluntaria e conscientemente, o fazem: 1) nível de certeza suficiente entre aqueles que iniciam a transição ao que ele chama de juristocracia de que o judiciário, de forma geral, e a Suprema Corte em particular, estão propensos a produzir decisões que servirão aos seus interesses e refletem suas preferências ideológicas (isso vem sendo observado em Israel, conforme indicam estudos interpretativos recentes das decisões tomadas pela Suprema Corte – critério frequentemente utilizado pela Corte é o conceito de "público esclarecido", cujas características se assemelham muito às da burguesia secular Ashkenazi). 2) Controle sobre a composição das cortes superiores do país. Em Israel, apesar de um sistema de escolha aparentemente mais independente do que nos EUA, por exemplo – seleção através de um comitê de nove membros formado pelo presidente e mais dois juízes da Suprema Corte, dois advogados praticantes, dois membros do Knesset e dois Ministros, um deles o da Justiça – quase todos os membros do comitê eram, desde a

formação do Estado israelense, membros da elite secular para a qual, em suma, a Suprema Corte ofereceu um porto seguro em meio à crescente influência de grupos tradicionalmente periféricos nas arenas políticas majoritárias. 3) Existência de uma confiança pública generalizada na imparcialidade política do judiciário. Pesquisas realizadas em Israel indicam um alto índice de confiança dos israelenses (70%) no seu sistema legal.

Assim, confiando, de um lado, na reputação de imparcialidade da Suprema Corte e, de outro, na sua tendência de julgar segundo os valores do chamado "público esclarecido", as elites dirigentes por trás da revolução constitucional israelense transferiram temas sensíveis para a arena legal, reduzindo, assim, os custos de seguir as regras do jogo da política representativa proporcional mas, ao mesmo tempo, através dessa judicialização sem precedentes, plantaram, não intencionalmente, as sementes da erosão, tanto da legitimidade do judiciário quanto do seu próprio espaço de manobra institucional no futuro.

Os sinais de erosão já se fazem sentir e, já em 1999, uma revolta sem precedentes contra uma decisão da Suprema Corte acerca da demora na convocação de conselhos multireligiosos, levou milhares de pessoas, na sua maioria judeus ortodoxos, às ruas de Jerusalém, em protesto contra a Suprema Corte.

## 2.2 CANADÁ

A teoria de Hirschl se aplica, igualmente, ao desenvolvimento político e constitucional do Canadá. A promulgação da Constitution Act, em 1982, foi o fim de uma longa batalha, cujas origens estão no crescimento do sentimento nacionalista e ideias separatistas na província do Quebec, iniciado nos anos 1960.

A promulgação de uma carta de direitos constitucional foi defendida vigorosamente por Pierre Elliot Trudeau, Ministro da Justiça e, posteriormente, Primeiro Ministro do Canadá, comprometido com a causa da proteção dos direitos individuais. Mas, de acordo com o autor, sua luta não foi somente o reflexo deste comprometimento com as liberdades civis, senão também parte de uma resposta estratégica mais ampla contra a crescente ameaça do separatismo do Quebec e outras mudanças demográficas na sociedade (demandas por autonomia provincial, linguística e cultural) que poderiam diluir o poder do governo federal. Pretendia-se, portanto, encorajar e fortalecer a unidade nacional, afastando o debate político das questões regionais e subordinar legislação das províncias a um padrão de políticas fundamentais interpretado pela Suprema Corte, instituição nacional.

A pressão para consolidar direitos individuais na Constituição canadense vem desde o final dos anos 1930, mas todas as tentativas pré 1982 esbarraram na recusa dos detentores do poder de substituir os princípios tradicionais de supremacia parlamentar por princípios de supremacia constitucional enquanto sua hegemonia política e controle sobre os mecanismos de decisão política permaneceram praticamente inatacados. Isso só mudou com o crescimento das pretensões separatistas do Quebec, especialmente através da eleição do carismático líder do partido separatista (*Parti Québécois*), René Lévesque, em 1976, que culminou como o referendo de 1980, no qual venceu o NÃO à separação, mas cuja extensa campanha reacendeu a discussão de renovação constitucional.

Assim, além do comprometimento de líderes políticos com a proteção de liberdades civis através do *judicial review*, estudiosos críticos do processo constitucional canadense atribuem a promulgação da nova carta de direitos também, ao menos em parte, a uma manobra baseada em interesses próprios iniciada por elites que perceberam que a política majoritária não lhes era vantajosa naquele momento. Como em Israel e, conforme se verá adiante, na Nova Zelândia e na África do Sul, os reclamos pela adoção de um catálogo de liberdades civis protegidas ao estilo norte-americano foram fortemente apoiados por uma influente coalizão de forças econômicas neoliberais, sobretudo entre os poderosos da indústria local e conglomerados econômicos norte-americanos, que viram na constitucionalização de direitos uma forma de promover a desregulação econômica.

Apesar de sua imagem de generoso Estado de bem estar, a tendência neoliberal global não deixou incólume a economia canadense e observa-se que o neoliberalismo passou a ser nas duas últimas décadas também o modelo de pensamento econômico e social no Canadá, evidenciado por cortes severos no direcionamento de recursos para o bem estar, benefícios para desempregados, saúde e educação, etc, e, ao invés de ter servido como empecilho para este desenvolvimento, a constitucionalização de direitos provocou o efeito contrário.

O autor cita alguns exemplos e inicia pela radical mudança de opinião do próprio Trudeau, que começou como defensor da constituição pré reforma e do sistema político canadense, acabando por ser um dos principais responsáveis pela adoção da carta direitos e fortificação do controle judicial. Além disso, seu governo se opôs à inclusão da *notwithstanding clause* (cláusula não obstante ou derogatória) na carta canadense – provisão que acabou incluída na carta e que prevê uma limitação formal às liberdades fundamentais, devido processo legal e direitos de igualdade protegidos pela Carta canadense, que podem ser

suspensos pelas assembleias provinciais ou parlamento federal através de uma lei anulatória por um período renovável de até cinco anos).

Em contraste com a oposição à cláusula derogatória, o governo de Trudeau insistiu na aprovação da Secção 23, que impõe obrigações detalhadas aos governos provinciais de facilitar e custear o ensino de línguas para minorias, evitando com isso, a intenção de Quebec de obrigar os imigrantes da província a entrarem no sistema educacional francês. Essa e todas as outras seções referentes aos direitos à língua foram formalmente excluídas da cláusula derogatória, tornando evidente a guerra constitucional do governo federal contra o movimento separatista do Quebec e a famosa Lei 101.<sup>4</sup>

Assim como em Israel, a delegação de autoridade à Suprema Corte esteve intimamente ligada à inclinação geral da Corte de julgar de acordo com propensões ideológicas e culturais hegemônicas. Apesar da composição da Corte, formada por Juízes representantes das Províncias (três de Ontario, três do Quebec, dois das províncias ocidentais – Manitoba, Saskatchewan, Alberta e British Columbia – e outro das províncias marítimas - New Brunswick, Nova Scotia e Prince Edward Island), o processo de seleção e nomeação é controlado exclusivamente pelo governo federal e o Primeiro Ministro. Por convenção, o Presidente da Corte é o mais velho entre os juízes, mas no período de cristalização do empoderamento do judiciário no Canadá, o Primeiro Ministro Trudeau ignorou a regra e nomeou o juiz Bora Laskin para a presidência, obtendo com isso enormes dividendos políticos já que o seu mandato no período entre 1973 e 1984, um dos mais tumultuados períodos da história política recente do Canadá, foi um verdadeiro divisor de águas em termos de ativismo judicial, transformando a Corte num dos maiores órgãos de decisão política no Canadá atual, e que vem favorecendo os valores e políticas adotados pelo governo nacional, em detrimento da autonomia política provincial.

Também as decisões da Corte nas últimas duas décadas refletem e promovem um conjunto de propensões culturais, padrões morais e preferências políticas hegemônicas, impostas sobre uma sociedade na sua essência excepcionalmente diversa, multiétnica, multicultural e multilinguística, com treze províncias e territórios que se estendem do Atlântico ao Pacífico ao Oceano Ártico. Além disso, o autor nota uma prevalência das ideias hegemônicas de liberdade "negativa" sobre noções progressivas de justiça distributiva.

---

<sup>4</sup> A Carta da Língua Francesa (também conhecida como Lei 101) é uma lei-quadro da província do Quebec, Canadá, que define os direitos linguísticos dos cidadãos do Quebec e faz do francês, a língua da maioria dos habitantes, a única língua oficial na província.

Na questão do Quebec, por exemplo, a Corte já decidiu, em 1998, pela inconstitucionalidade, tanto sob a ótica nacional quanto internacional, de uma separação unilateral da província. Ao mesmo tempo, a Corte assegura a política federal de garantia dos direitos das minorias linguísticas em relação à educação e língua.

Assim como em Israel, a transferência de poder para a Corte Suprem pode ser creditada, em parte, à sua reputação de competente, íntegra e politicamente imparcial. Diferentemente da experiência israelense, contudo, pesquisas indicam que houve apenas um pequeno declínio da percepção de legitimidade da Corte (ao menos entre canadenses anglófilos), apesar de sua emergência como órgão de decisão política.

### 2.3 NOVA ZELÂNDIA

Sobre as origens da revolução de direitos de 1990 na Nova Zelândia, Hirschl identifica que a promulgação da declaração de direitos neozelandesa em 1990 marcou uma mudança abrupta no balanço entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo no país e simbolizou a falência do que foi chamado de último sistema de Westminster (sistema britânico de democracia majoritária). Em conjunto com outras novas leis de liberdades civis, a declaração de direitos pretendia blindar uma série de liberdades fundamentais contra as vicissitudes de um sistema político cada vez mais volátil.

A força motriz da constitucionalização de direitos na Nova Zelândia foi uma coalizão de atores econômicos pressionando por reformas econômicas neoliberais, em conjunto com diversos setores das elites buscando preservar e reforçar seu poder diante da crescente presença de interesses periféricos nas arenas de decisão política majoritárias.

Até o final dos anos 1980 a Constituição neozelandesa replicou o sistema parlamentar britânico e sua tradição de *common law* (direito consuetudinário) em quase todos os aspectos, mas, no início dos anos 1970, o estável sistema político neozelandês começou a mudar por força de uma série de novos interesse internos emergentes e mudanças econômicas internacionais. Assim, fatos como o enfraquecimento dos tradicionais laços comerciais com a Grã-Bretanha, destino da maioria das exportações do país nos anos 1950 e 1960, quando aquela estreitou os laços comerciais com a Europa, obrigando a elite econômica neozelandesa a procurar novos mercados como Austrália, Singapura e Hong Kong e a significativa mudança na produção de bens no país, que deixou de produzir primordialmente lã, carne e laticínios, para enfatizar os setores da pesca, frutas tropicais e turismo. Para financiar essa

mudança na estrutura produtiva do país, o governo teve que emprestar enormes quantidades de dinheiro de fontes internacionais e o gasto público teve que ser drasticamente reduzido, tornando inevitável a transição da versão local de estado de bem estar para uma ordem econômica neoliberal.

Assim, entre 1984 e 1994, a Nova Zelândia passou por uma reforma econômica radical e mudou do seu antes extremamente protegido e regulado sistema econômico para a completa abertura de mercado preconizada pelo neoliberalismo. Tão extrema a transição que é utilizada como exemplo na literatura político-econômica internacional. Essa mudança histórica foi marcada pela promulgação de uma série de leis restringindo o poder governamental de intervir na economia e na esfera privada, que trouxe consigo uma extensa desregulamentação e privatização das indústrias de telecomunicações, transportes, silvicultura e turismo; remoção de barreiras para importação e exportação de bens e serviços; fim de subsídios aos setores manufatureiro, de processamento de alimentos e agricultura; despedidas em larga escala no setor público; mercantilização de numerosos serviços sociais, incluindo serviços básicos de assistência social, educação, moradia e saúde; severa erosão nos sindicatos trabalhistas e negociações coletivas e um encorajamento ativo de investimentos e propriedade a estrangeiros.

Não surpreende que durante o mesmo período a Nova Zelândia tenha testemunhado um crescimento dramático no nível de desigualdade econômica e um crescimento sem precedentes de propriedade estrangeira de ativos corporativos, mídia e serviços públicos, bem como uma acentuada queda nas filiações sindicais.

Na arena política essas mudanças foram influenciadas e refletiram no surgimento de novos partidos políticos representando uma posição explicitamente neoliberal (p.ex. *New Zealand Party*, que logo se tornou a terceira força política do país), na adoção de posições econômicas favoráveis aos mercados por parte do conservador *National Party* e uma rápida conversão ao neoliberalismo do consagrado *Labour Party*.

A ascensão do neoliberalismo durante os anos 1980 foi acompanhada pela crescente presença de outros interesses na agenda pública neozelandesa, como o crescimento das populações de outros grupos étnicos que não os de descendentes de europeus, assim como os Maoris, pessoas originadas das ilhas do Pacífico e descendentes de asiáticos. Especificamente no caso dos maoris (população original da Nova Zelândia), observou-se no final dos anos 1980 uma crescente consciência acerca do significado do Tratado de Waitangi (pacto entre os chefes maori e os britânicos que abriu caminho para a colonização europeia) e das suas



queixas não resolvidas, em especial no que diz respeito à injusta expropriação de suas terras. Isso levou à expansão da jurisdição do Tribunal de Waitangi, em 1985, permitindo a inclusão de reclamações posteriores a 1840 (apenas o período pós 1975 era permitido pela legislação anterior).

As demandas maori por uma redistribuição justa de terras, territórios de pesca, recursos naturais, etc, bem como tratamento digno de sua linguagem e herança coincidiu com as crescentes demandas dos imigrantes das ilhas do Pacífico, Ásia e Mediterrâneo pela adoção de políticas multiculturais para educação e linguagem e também com reclamos de ambientalistas, feministas e militantes de movimentos antinucleares. Assim como em Israel, estas forças também aumentaram rapidamente a sua representação parlamentar, significando o colapso do apoio aos dois maiores partidos políticos do país, que foi acompanhado por um crescimento da volatilidade eleitoral (flutuação de resultados entre uma eleição e outra) e pelo declínio nas filiações partidárias dos maiores partidos. A burguesia branca via ameaçado seu controle sobre as mais importantes arenas de decisão, política e seguiu-se, desnecessário dizer, a pressão pelo empoderamento judicial.

Geoffrey Palmer, Ministro da Justiça entre 1984-1989 e Primeiro Ministro entre 1989-1990, apesar de ter alertado sobre os perigos da adoção de uma carta de direitos enquanto jovem acadêmico, iniciou e capitaneou duas décadas depois a transferência de poder ao Judiciário neozelandês através da promulgação da Declaração de Direitos da Nova Zelândia de 1990.

Assim, os mesmos políticos que introduziram a ampla reforma econômica neoliberal na Nova Zelândia em 1984, em conjunto com outros políticos representando as preferências políticas dos eleitores brancos, urbanos e de alta renda, reagiram às mudanças das condições demográficas e econômicas e à crescente pressão política popular sobre os representantes majoritários, iniciando e executando o que os estudiosos chamaram de "revolução dos direitos da Nova Zelândia", cujo símbolo foi a promulgação da declaração de direitos de 1990.

A proposta do governo defendia uma lei suprema totalmente consolidada controlando a legislação parlamentar através de revisão judicial, mas não obteve o apoio político esperado e, em 1987, era evidente que a opinião pública era contra a proposta, o que forçou Geoffrey Palmer a abandonar a proposta original e optar pelo modelo adotado em 1990. Apesar da sugestão do comitê de reforma judicial e legal pela inclusão de direitos sociais a oposição de Palmer teve sucesso e tais direitos foram omitidos na carta e incluídas apenas garantias ao direito de propriedade.

Ainda assim, a Corte Constitucional tem interpretado generosamente seus poderes sob a égide da declaração de direitos, tornando-a quase tão efetiva quanto seria se aprovada a proposta original.

Hirschl conclui que, em conjunto com outras leis posteriores (p.ex. *Human Rights Act* e *Privacy Act*, ambos de 1993), a declaração de direitos neozelandesa serviu não apenas para elevar um conjunto de direitos e liberdades civis clássico ao nível constitucional, mas também para delegar poder de decisão político do parlamento para o judiciário, o que contou com amplo apoio da elite judicial e oligarquias políticas, a fim de preservar sua hegemonia e ampliar sua influência sobre os resultados das decisões políticas.

## 2.4 ÁFRICA DO SUL

Hirschl apresenta, finalmente, a luta da elite branca sul-africana no final dos anos 1980 e início dos anos 1990 para assegurar a inclusão de uma declaração de direitos consolidada e uma Corte Constitucional ativa no pacto político pós apartheid, como mais uma confirmação da sua tese da preservação hegemônica.

A situação dos direitos humanos na África do Sul em boa parte do século passado só pode ser chamada de aterradora e o regime de apartheid simbolizava o último bastião do colonialismo europeu e da supremacia branca na era pós 2ª Guerra Mundial. É fato notório que o sistema político controlado pelo Partido Nacional serviu, até o início dos anos 1990, não apenas para reforçar os direitos da população branca, mas também para privar a população negra até dos direitos humanos mais básicos. As políticas discriminatórias incluíam, entre outras medidas, a categorização racial da população (*Population Registration Act* – 1950), proibição de relações sexuais e casamento inter-racial, criação de guetos rurais (Bantustans) e a alocação quase exclusiva de recursos para as comunidades brancas, que representavam apenas 1/7 da população.

A África do Sul teve três Constituições (1910, 1961 e 1983), até a promulgação da Constituição provisória de 1993 (substituída pela versão final em 1996) e todas elas eram direcionadas quase exclusivamente à minoria branca, cristã, africâner, sem tomar conhecimento da natureza multicultural e multilinguística da sociedade sul africana.

Durante todo o século XX houve consistente e sistemática oposição das elites dominantes à uma declaração de direitos e o estabelecimento de um controle judicial ativo, defendendo-se veementemente a soberania do Parlamento, ao argumento, advogado pelo

Partido Nacional (NP), de que a ênfase em interesses individuais seria incompatível com a tradição política e religiosa da sociedade africâner, cuja ênfase estaria no Estado e em outros interesses supostamente comunitários.

No início dos anos 1980, contudo, iniciou-se uma crise do apartheid. A nível doméstico tornava-se insustentável impor o apartheid através de um labirinto de controles sociais em meio à violência continuada e à recessão econômica. Quando profissionais brancos começaram a emigrar nos anos 1970 e 1980, o país se viu privado de mão de obra qualificada para operar a sua sofisticada economia. Apesar da forte presença de corporações multinacionais, que sempre viram a África do Sul como uma mina de ouro, pressões internacionais em forma de sanções diplomáticas e econômicas sinalizaram ao Partido Nacional a necessidade de abolir ao menos algumas das políticas do apartheid.

A Constituição de 1983 marcou o início deste processo ao incluir negros e mestiços, bem como indianos num sistema parlamentar tricameral. Dois mecanismos garantiam, contudo, que o poder permanecesse nas mãos do partido branco dominante, a saber: governança centralizada na figura do Presidente, que detinha enorme poder decisório tanto na arena executiva quanto legislativa. Em segundo a contagem de votos para decisões significativas na proporção de 4:2:1, garantindo sempre a prevalência da casa legislativa branca. Reações adversas das duas comunidades minoritariamente representadas, bem como a escalada da rebelião na comunidade negra selaram o destino da Constituição de 1983 e da ideia de manter a hegemonia branca através da supremacia parlamentar. A segregação racial legalizada e sustentada repressivamente estava com os dias contados.

Assim que ficou claro que seria impossível manter o regime de apartheid através da força, os detentores do poder econômico entre a elite branca passaram a defender as virtudes de uma declaração de direitos e de um *judicial review*. O governo do apartheid esperava, assim, manter alguns dos privilégios desfrutados por tantas décadas pelos brancos.

Em abril de 1986, apenas dois anos depois de ter proclamado a incompatibilidade de uma carta de direitos com o sistema africâner de governo, o Ministro da Justiça H. J. Coetsee determinou que a Comissão de Direito sul africana (*Law Commission*) fizesse um estudo sobre direitos humanos e direitos de grupos. Em 1989 foram divulgados os resultados da pesquisa e opinou-se pela adoção de uma declaração de direitos, opinião reiterada em 1991. Já em 1990 o Presidente de Klerk anunciava no Parlamento que a nova Constituição deveria conter uma carta de direitos.

O fim da proibição ao partido Congresso Nacional Africano (ANC) e a libertação de Nelson Mandela reuniram pela primeira vez num engajamento conjunto as elites brancas e a maioria negra. Procurava-se negociar uma transição democrática através da Convenção para uma África do Sul democrática em 1991, mas as negociações falharam e foram interrompidas em meados de 1992 e seguiu-se uma escalada da violência e um maciço levante social. Em 1993, os partidos firmaram um acordo bilateral que previa uma transição democrática através da reforma constitucional, em duas fases: Constituição interina em 1993 e Constituição definitiva redigida pela Assembleia Constituinte em 1996. Ambas trouxeram alterações sem precedentes na história constitucional do país: consolidação da supremacia constitucional e de uma carta de direitos soberana trazendo a possibilidade de serem declarados inválidos atos de governo legislativos e executivos que violem direitos humanos fundamentais. Estabelecimento de uma Corte Constitucional com a última palavra em matéria constitucional.

A verdadeira batalha na constitucionalização de direitos na nova África do Sul girou em torno divergências básicas: 1) escopo e alcance dos direitos de propriedade: o Partido Nacional advogava a garantia de forte proteção dos direitos individuais de propriedade e o Congresso Nacional Africano, ao contrário, requeria a garantia constitucional de uma ampla reforma agrária através de expropriações – acabou vencendo a garantia da propriedade; 2) direitos dos trabalhadores: enquanto o NP defendia restrições aos direitos de greve, sindicalização e de demandar coletivamente, o ANC entendia que o direito de greve deveria ser constitucionalmente protegido, mas o direito dos empregadores de lockout não – este acabou não sendo incluído mas continuou permitido por legislação infraconstitucional, e 3) direitos educacionais das minorias linguísticas – foram excluídas previsões de financiamento estatal de escolas uni linguísticas, sobretudo instituições de língua africâner.

A luta contra o apartheid não se limitou à segregação legalizada e ao direito de voto, mas também à desigualdade econômica e social, que estava entre as piores do mundo – a minoria branca, aproximadamente 15% da população, possuía 87% das terras e ganhava em média oito vezes mais que a maioria negra, aproximadamente 75% da população. Com 5% da população consumindo mais do que os outros 85%, o índice de Gini medido era de 0,61, próximo ao do Brasil e da Nigéria, campeões de desigualdade. Em 1990, apenas alguns meses antes da abolição formal do apartheid, 95% do capital produtivo do país se encontrava nas mãos de quatro conglomerados brancos.

Mas porque o ANC de Nelson Mandela, já antes mesmo de de Klerk em 1990, defendia limitações constitucionais à soberania através da adoção de uma declaração constitucional de direitos? Para Hirschl, isso se deve à transformação do ANC de um movimento revolucionário de oposição em um partido governante (quando da promulgação da Constituição definitiva em 1996, já estavam há mais de dois anos no poder) e também pelas pressões econômicas internacionais em conjunto com a necessidade do ANC de evitar a fuga de capitais e atrair investimentos estrangeiros, impossível sem uma garantia constitucional do direito de propriedade. Também o apoio quase incondicional ao ANC na África do Sul pode explicar o fato de ter renegado o seu compromisso histórico de adotar um regime constitucional progressista, orientado para a redistribuição de renda. Não se pode dizer, contudo, que o ANC tenha "traído" a revolução, que realmente não aconteceu. Houve, sim, um amplo pacto, até em certa medida para evitar uma revolução, entre a nova elite política e o poder econômico.

Observa-se que o governo do ANC não propôs até hoje, desapropriações em larga escala ou promoveu alguma redistribuição econômica ou territorial significativa e mantendo ou ampliando a reforma econômica neoliberal, o que levou o país a uma taxa de desemprego próxima de 30% (em 1995 eram 17%) e uma crescente desilusão na população negra e pobre.

Em 1996, foi lançado um programa de medidas econômicas explicitamente neoliberal (*GEAR – Growth, Employment, and Redistribution*), que reforçou a ênfase governamental no aperto fiscal, contenção da inflação e promoção das exportações como forma de estimular a competitividade. Liberalização cambial, privatização de empresas estatais, etc, eram reconhecidas como metas econômicas cruciais e, mais, a flexibilização do mercado de trabalho recomendada pelo GEAR, envolveu a desregulação do trabalho de mão de obra semi ou não especializada e a não sujeição das pequenas empresas à legislação trabalhista. Essas medidas favoráveis ao mercado foram, ainda, acompanhadas pela erosão da significância política do COSATU (*Congress of South African Trade Unions*) maior sindicato do país e alinhado com o ANC e o partido comunista sul africano.

O processo observado na África do Sul ocorreu em diversos outros países da África, especialmente em países prestes a serem "descolonizados", também para manter ou aumentar o poder das elites dominantes. A Inglaterra, por exemplo, que não quis incorporar a Convenção Europeia de Direitos Humanos ao seu próprio sistema legal apoiou entusiasticamente a incorporação destas disposições às constituições surgidas da

independência de diversos países. São exemplos a constitucionalização de direitos em Gana, em 1957, Nigéria, em 1959 e Quênia, em 1960.

Para Hirschl, em suma, as revoluções constitucionais dos quatro países trabalhados no texto, enquanto diferentes entre si em alcance e contexto, podem ser mais produtivamente analisadas sob a perspectiva da preservação hegemônica, ou seja, que o empoderamento judicial através da constitucionalização de direitos e estabelecimento de revisão judicial é, muitas vezes, uma estratégia consciente utilizada por elites políticas ameaçadas buscando manter ou reforçar a sua hegemonia insulando as decisões políticas das pressões políticas populares, apoiada por elites econômicas e judiciais com interesses compatíveis.

### 3 PRESERVAÇÃO HEGEMÔNICA NO BRASIL?

Analisando os diversos cenários de constitucionalização de direitos pós-Segunda Guerra Mundial, Hirschl (2004, p.7-8) aponta o Brasil entre os exemplos do estabelecimento do *judicial review* como consequência da transição de um país "quase-democrático" ou ditatorial para o regime democrático, que ele chama de *single transition* ( transição singular)<sup>5</sup>.

Para Hirschl, como visto, a auto-limitação consistente na transferência de poder de arenas de decisão majoritária para as cortes que, se por um lado pode parecer contra os interesses dos detentores de poder, tanto no executivo quanto no legislativo, por outro pode significar que reformas constitucionais aparentemente humanitárias muitas vezes mascaram uma agenda essencialmente egoísta, voltada, na realidade, à expectativa de manutenção do poder.

Afirma ele:

*The most plausible explanation for voluntary, self-imposed judicial empowerment is therefore that political, economic, and legal power-holders who either initiate or refrain from blocking such reforms estimate that it serves their interests to abide by the limits imposed by increased judicial intervention in the political sphere. In other words, those who are eager to pay the price of judicial empowerment must assume*

---

<sup>5</sup> Outros cenários apontados por ele referem-se a) a países que se reconstruíram no pós-Guerra, como Alemanha e França; b) países que passaram por processos de descolonização, como Índia e Nigéria; c) países nos quais a constitucionalização significou também uma passagem para o modelo de democracia ocidental e economia de mercado, caso das revoluções pós-comunistas (*dual transition*); d) países que incorporaram normas legais internacionais ou supra-nacionais às suas legislações, como a Dinamarca e, e) países onde a transição se deu sem mudanças fundamentais nos regimes políticos ou econômicos (*no apparent transition scenario*), como Nova Zelândia, Canadá e Israel.

*that their position (absolute or relative) would be improved under a juristocracy* (HIRSCHL, 2004, p.11).<sup>6</sup>

Quais seriam, então, as vantagens possíveis para os detentores do poder político? Hirschl aponta uma série de razões para que as elites políticas defendam a delegação de poder ao Judiciário: redução do risco para si mesmas através da transferência de responsabilidade sobre as decisões para as cortes, evitar decisões difíceis e/ou o colapso de um governo de coalizão, obstrução à implementação de sua própria agenda política, medo de perder o controle sobre sua própria agenda de implementação de políticas públicas ou, no caso da oposição, para obstruir ações governamentais.

Assim, quanto mais a hegemonia e controle de grupos políticos e econômicos sobre arenas de tomada de decisões políticas cruciais vão sendo ameaçadas por grupos periféricos e suas preferências políticas, maior a possibilidade de transferência de poder ao Judiciário, pressupondo que este goze de boa reputação por sua retidão e imparcialidade política.

Espera-se, contudo, que esteja inclinado, ao menos em tese, a decidir de acordo com propensões ideológicas e culturais hegemônicas. Seguindo esse raciocínio, as cortes somente protegeriam os interesses dos que não detém poder quando fossem convergentes com os valores e interesses das elites detentoras do poder.

Mas até que ponto a hipótese de Ran Hirschl se aplica ao Brasil?

O crescente protagonismo do Poder Judiciário no atual contexto político brasileiro, que já atingiu a mega política (HIRSCHL, 2008, p.4-7), é fenômeno notório que não pode ser explicado simplesmente por uma afeição pelo poder dos juízes e pergunta-se, então, dentro da intrincada relação interinstitucional entre os Poderes, se poderia ter havido uma transferência voluntária por parte do Legislativo e do Executivo ao Judiciário.

Leonardo Fernandes dos Anjos explica uma primeira onda de judicialização da política:

Nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, constatou-se uma crescente mobilização do Poder Judiciário em todo o seu conjunto. O nascimento de um *sentimento constitucional*, mesmo incipiente, fez florescer entre os órgãos que

---

<sup>6</sup> Tradução livre: A explicação mais plausível para um empoderamento judicial auto-imposto e voluntário é, portanto, que os detentores do poder político, econômico e judicial, que iniciam ou se abstém de bloquear tais reformas, estimam que serve aos seus interesses sujeitar-se aos limites impostos pelo incremento da intervenção judicial na esfera política. Em outras palavras, aqueles que estão dispostos a pagar o preço do empoderamento judicial devem assumir que a sua posição (absoluta ou relativa) seria melhorada sob uma juristocracia.

compões suas várias instâncias uma postura mais ativa na concretização dos preceitos contidos na Carta Magna (OLIVEIRA; ANJOS, 2010, p.149).

Observa-se, também, que com o passar do tempo, diante do caráter extremamente analítico da Constituição brasileira, surge um movimento que, a pretexto de conferir maior efetividade às normas constitucionais e proporcionar maior segurança jurídica e previsibilidade às decisões, aposta no Supremo Tribunal Federal como único responsável pela tarefa de determinar qual a correta, ou adequada, interpretação do sentido e da intenção do texto constitucional. Parte desse poder, diga-se, é auto-conferido pela própria corte constitucional quando analisa suas competências.

Claudia Maria Barbosa observa que o Brasil, desde sua redemocratização, mas especialmente nos últimos 10 anos, tem vivenciado um crescente protagonismo político do Judiciário que se revela no processo de judicialização da política, por meio do qual debates que deveriam tradicionalmente ocorrer na esfera pública são transferidos ao Judiciário. Este, por meio do exercício do controle de constitucionalidade, profere decisões as quais, em tese, encerram os debates políticos que, por vezes, não aconteceram, ou ocorrem de forma débil (BARBOSA, 2013).

Exemplos da chamada judicialização da política<sup>7</sup> não faltam. O STF tem dado a última palavra na decisão de casos como o aborto de anencéfalos<sup>8</sup>, de quotas raciais no ensino público<sup>9</sup>, da pesquisa com células-tronco embrionárias<sup>10</sup> e do reconhecimento das uniões homoafetivas como uniões estáveis<sup>11</sup>.

Assim, observa-se no Brasil um crescente ativismo judicial, não só no que diz respeito aos direitos fundamentais, mas também em relação à chamada mega-política, deslocando-se para o Poder Judiciário importantes decisões de cunho notadamente político em detrimento das manifestações de outras esferas de poder. Para Conrado Hübner Mendes (2008, p.47), "o STF da Nova República foi concebido como instituição responsável por controlar, inclusive, a inércia do legislador".

---

<sup>7</sup> Neste sentido: VIANNA *et al.*, 1999.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADPF 54**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 12/04/2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **RE 597285**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 09/05/2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI 3510**. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 29/05/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADPF 132**. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.



Mas até que ponto isso se adapta à tese da preservação hegemônica demonstrada por Hirschl através dos exemplos dos países estudados no capítulo anterior, lembrando que, para ele, as "revoluções constitucionais" ocorridas em Israel, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul trouxeram, por um lado, a defesa de liberdades e garantias fundamentais mas, por outro, serviram para consagrar princípios básicos do neoliberalismo?

A maior parte dos governos brasileiros pós-Constituição de 1988 podem ser considerados alinhados com as tradicionais elites brasileiras e com as diretrizes do neoliberalismo preconizadas por instituições internacionais, como o FMI (Fundo Monetário Internacional), por exemplo. Esta situação se altera com a eleição do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, cuja posse ocorreu em 2003. Desde então, o Brasil vem sendo governado por Presidentes do Partido dos Trabalhadores, mais alinhado, historicamente, com as demandas populares e políticas de redistribuição de renda. Estes governos foram, igualmente, responsáveis pela indicação da maior parte dos Ministros atualmente na ativa no Supremo Tribunal Federal. Não seria fantasioso supor, nesse contexto, uma maior afinidade dos Ministros com as políticas destes Governos.

Um estudo preliminar realizado por Claudia Maria Barbosa e Cecilia Caballero Lois para identificar a judicialização da política em casos notórios recentes decididos pelo STF revelou, contudo, que:

[...] o Supremo Tribunal Federal, quando foi chamado para analisar a constitucionalidade de leis que questionavam direitos individuais e liberdades públicas, atuou no sentido de garanti-las. Quando instado a manifestar-se sobre políticas governamentais voltadas à garantia de direitos de minorias, atuou da mesma forma. O comportamento foi diferente nos casos que envolviam a relação entre os poderes, reforma política e governança, porque nesses casos a tendência do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de interpretar a Constituição e definir a "última palavra" nas matérias discutidas, ainda que contrariamente ao que desejavam os Poderes Executivo e Legislativo. [...] Desta forma, se a pesquisa realizada não evidenciou as hipóteses e ganho das classes políticas e econômicas no empoderamento do Supremo Tribunal Federal, tampouco pode negá-la (BARBOSA; LOIS, 2015).

A análise em questão levou em conta julgamentos em casos notórios identificados pelo próprio Supremo Tribunal Federal como tal e existe, portanto, a possibilidade de só terem sido considerados pelo próprio Tribunal, casos em que tenha atuado claramente em defesa da Constituição.

Outra pesquisa, realizada na Universidade de Brasília (UnB), sob coordenação do Professor Juliano Zaiden, analisando todas as decisões proferidas em Ações Diretas de

Inconstitucionalidade (ADI) julgadas pelo Supremo Tribunal Federal de 1988 a 2012, revelou, por outro lado, que o controle concentrado de constitucionalidade vem funcionando muito mais como instrumento para a defesa de interesses corporativos do que para defender direitos e garantias fundamentais (COSTA; BENVINDO, 2014).

Não é possível prescindir, portanto, diante destes resultados, de uma análise que considere também outros fatores, por exemplo econômicos, isso porque se sabe ser o Brasil um dos países mais desiguais do mundo, não obstante a expansão de emprego e renda verificados nos últimos anos.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2012, os 10% mais ricos da população detinham 41,9% de toda a renda, enquanto os 10% mais pobres ficavam com apenas 1,1% desse total (IBGE, 2013, p.173)

Parece evidente, ainda, que sendo a parcela mais rica da população a mais resistente à redução de desigualdades, poderia ser verificada, neste sentido, uma forma de preservação hegemônica das elites econômicas, encampada pelo Supremo Tribunal Federal, talvez não em casos isolados, mas quando confrontado com lides macroeconômicas, ou seja, aquelas representativas de significativo conteúdo financeiro e que afetam, ao mesmo tempo, grandes parcelas da população, estabelecendo, assim, limites às conquistas desses grupos sociais em direção à inclusão.

Assim, se a primeira vista não é possível determinar com clareza se existem vantagens compensadoras para as elites econômicas e/ou políticas no empoderamento do Supremo Tribunal Federal, também é certo que a assertiva não se esgota no presente estudo, sendo necessárias outras abordagens para uma resposta conclusiva sobre o tema.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No Brasil, a judicialização da política é um processo que vem ocorrendo desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, vai, cada vez mais, transferindo a soberania popular, representada pelo voto e que originalmente possui papel de protagonista da democracia, para a tutela do Judiciário.

Trata-se de tendência mundial, normalmente associada à ideia de protagonismo do Judiciário como consequência natural da constitucionalização de direitos e do próprio constitucinalismo. Nesse sentido, as hipóteses levantadas por Hirschl para fundamentar a tese da preservação hegemônica fornecem uma nova perspectiva sobre o processo de judicialização e podem ajudar a compreender melhor o comportamento do Supremo Tribunal Federal e contribuir para o aperfeiçoamento do processo democrático no Brasil.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Claudia Maria. A legitimidade do exercício da função jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Org.). **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, 2013. p.171-194.
- BARBOSA, Claudia Maria; LOIS, Cecília Caballero. **Juristocracy in Brazil**. Trabalho apresentado no XXVII World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Washington, 27/07-01/08/2015. [não publicado].
- COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais (Who is Interested in the Centralized System of Judicial Review? - The Mismatch between Theory and Practice in the Protection of Basic Rights). **Social Science Research Network**, April 2014). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2509541>>. Acesso em: 12 ago. 2015
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism**. First Harvard University Press, 2004.
- \_\_\_\_\_. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts **Annual Review of Political Science**, v.11, p.93-118, 2008.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2013**. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicadores2013/>>. Acesso em 10 ago. 2015.
- MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (Coords.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.
- UNTERBERGER, Fabian. "Juristocracy" als Herausforderung an Soziale Bewegungen im 21. Jahrhundert: Vom Erbe Pinochets zur asamblea constituyente? **Momentum Quarterly**, v.1, n.4, p.248-261, 2012. Disponível em: <<http://www.momentum-quarterly.org/index.php/momentum/article/view/41/34>>. Acesso em: 08 ago 2015.
- VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.