

Introdução

O Estado Brasileiro, constituído de forma a assumir uma estrutura democrática, com um sistema governamental republicano-presidencialista, passa neste momento histórico ímpar por mais uma crise, que aparentemente põe em cheque o funcionamento desta e das instituições para ela moldadas. Os entraves ao desenvolvimento e estruturação de uma verdadeira democracia brasileira são cada vez maiores e mais perversos. O choque entre poderes políticos instituídos é cada vez mais frequente e os processos de judicialização das demandas próprias dos mesmos também. Isto posto, há uma gradual e constante transformação da função exercida dentro da Corte Constitucional Brasileira, seu Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o problema central desta pesquisa é identificar, dentro do cenário de crise institucional brasileira, uma potencial transformação da função do Poder Judiciário Brasileiro, representado aqui pelo seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal (STF), bem como os motivos que levaram a esta modificação político-institucional. Para tanto traça-se um planejamento estruturado em duas etapas, uma de análise política e outra de análise jurídica, cuja composição leva a solução do problema. Na primeira etapa utilizou-se o método do institucionalismo histórico proposto por HALL e TAYLOR (1996), verificando de forma indutiva, a partir da obra de AMES (2003), o crescimento escalonado da crise institucional que o mesmo definira anos atrás. O *path-dependence*, próprio deste método de análise, faz com que a transformação resulte no que TSEBELIS (1997) definira como *veto-player*: um agente capaz de impedir, limitar ou frear a ação política de outro.

Na segunda parte deste estudo, continuando com a aplicação da estrutura do método institucionalista, busca-se a raiz do processo de evolução do STF para tribunal político. Identificando o seu paradigma na Suprema Corte Americana, compreende-se que esta passou também, dentro de outro contexto, por um processo semelhante de politização, bem anterior ao brasileiro. Como se verá mais adiante, seguindo este argumento, entende-se que a aproximação dos sistemas se completou depois da Emenda Constitucional 45 de 2004, que formou a estrutura necessária para o empoderamento deste Supremo Tribunal e colocou ponto final aos freios de suas ações políticas.

Ao final da análise, chega-se à conclusão de que o fortalecimento desta corte perante as demais instituições governamentais, a transforma o modelo político original, já que a mesma passa

a ter mais peso como freio político, inovando e impulsionando um sistema travado por uma estrutura institucional fragilizada.

Justifica-se este estudo na necessidade de se fazer uma análise neutra deste processo de transformação. O fortalecimento de uma estrutura que, em construção teórica, deveria ser neutra aparentemente soluciona problemas e entraves éticos não aparados pelo Direito. É importante entender o processo e as variáveis que motivam sua trajetória, pois a transferência constante e excessiva dos debates políticos para os centros jurídicos pode gerar problemas ainda maiores, como por exemplo uma crise de democrática ainda maior do que a que atualmente enfrenta o Estado (Democrático) Brasileiro.

O contexto institucional Brasileiro

A crise de governabilidade do Estado Brasileiro não é uma novidade decorrente do mais recente desarranjo econômico, que por sua vez inviabiliza o crescimento deste país. Como visto em AMES (2003), o excesso de *veto-players* cria dificuldades em excesso diminuindo a governabilidade deste Estado. Esta realidade no momento da construção institucional brasileira justificava-se para servir à formação de uma estrutura aparentemente mais democrática, contudo este remédio, como qualquer outro, em excesso pode matar o paciente.

Desde suas primeiras linhas, ao definir a estrutura democrática Brasileira, AMES (2003) busca desenhar um perfil de um dos graves problemas deste país e, a partir desta visão institucional, identificar no federalismo e nas escolhas históricas institucionais os pontos de partida para este sistema em crise. Segundo este autor, “Não é raro descrever o Brasil como um país onde a governabilidade é um problema permanente” (AMES, 2003: p.15).

Mais adiante, reafirma o autor: “O problema das instituições brasileiras é que elas funcionam mal” (AMES, 2003: p.18). Por funcionar mal entende o autor pela falta de eficácia prática no que tange a solução de problemas. Segundo PUTNAM (2002), as instituições são “mecanismos para se alcançar propósitos, não apenas mecanismos para se alcançar acordos. Queremos que o governo faça coisas, não apenas decida coisas (...)” (p. 24). No caso brasileiro, as instituições políticas criam incentivos que estimulam os políticos a maximizar seus ganhos pessoais (...). Quanto aqueles que resistem aos incentivos, estes travam “batalhas cada vez mais duras e geralmente malsucedidas” (AMES, 2003: p.18).

Quanto ao poder executivo brasileiro, o mesmo se encontra como um dos mais poderosos da América Latina. Uma rápida visita ao texto Constitucional confirma esta afirmação. Sua capacidade de iniciativa legislativa nos mais diversos assuntos, bem como a possibilidade de realizar um processo legislativo emergencial que entra imediatamente em vigor são alguns dos exemplos que levam a esta conclusão.

A estrutura judicial brasileira, foco deste estudo, caminha neste mesmo sentido. Vê-se recentemente na Ação Cautelar 4.070 do Distrito Federal, cujo Relator Ministro Teori Zavascki fundamentou o afastamento do então Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha sem previsão constitucional expressa ou específica, como se transcreve abaixo:

Decide-se aqui uma situação extraordinária, excepcional e, por isso, pontual e individualizada. A sintaxe do direito nunca estará completa na solidão dos textos, nem jamais poderá ser negatizada pela imprevisão dos fatos. Pelo contrário, o imponderável é que legitima os avanços civilizatórios endossados pelas mãos da justiça. Mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional, a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do exercício de seu mandato, ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara. (STF, AC 4070/DF)

Isto posto, vê-se a abertura de um catálogo de decisões desta natureza, que demonstram uma mudança no comportamento da Suprema Corte Brasileira, que leva a conclusão de que há uma transformação desta instituição que é decorrente da sua trajetória específica no contexto Brasileiro.

A abordagem metodológica: o institucionalismo histórico

Antes de seguir com o estudo, faz-se necessário deixar claro a importância das instituições, que, segundo PUTNAM (2002), são moldadas pela história e, conseqüentemente, moldam a política:

As instituições moldam a política. As normas e os procedimentos operacionais típicos que compõem as instituições deixam sua marca nos resultados políticos na medida em que estruturam o comportamento político. Os resultados não podem ser meramente reduzidos à interação de jogo de bilhar dos indivíduos nem à interseção das forças sociais gerais. As instituições influenciam os resultados porque moldam a identidade, o poder e a estratégia dos atores.

As instituições são moldadas pela história. Independentemente de outros fatores que possam influenciar a sua forma, as instituições têm inércia e “robustez”. Portanto corporificam trajetórias históricas e momentos decisivos. A história é importante porque segue uma trajetória: o que ocorre antes (mesmo que tenha sido de certo modo ‘acidental’) condiciona o que ocorre depois. Os indivíduos podem ‘escolher’ suas instituições, mas não o fazem em circunstâncias que eles mesmos criaram, e suas escolhas por sua vez

influenciam as regras dentro das quais seus sucessores fazem suas escolhas (PUTNAM, 2002,p. 23).

Para os teóricos da escolha racional, as instituições fazem parte de um contexto estratégico, que facilita a predição da ação dos atores, já que impõem limitações às condutas. Para estes teóricos as condutas mudam independente de qualquer atitude cultural quando as instituições mudam, fato que se contrasta um pouco do que foi dito por Putnam acima.

A teoria a institucionalista com enfoque em NORTH defende que as instituições podem produzir resultados diferentes daqueles previstos por seus criadores, mas devido ao fato delas serem *path-dependent* (dependentes de seu trajeto) estas mudanças serão lentas pois dependerão do processo histórico. O termo *path-dependece* pode ser definido como: “as consequências de pequenos eventos e circunstâncias fortuitas, que podem determinar soluções que, ao adquirirem primazia, nos levam a um determinado caminho” (NORTH, D. apud AMES, 2003: p.23).

Path dependece, ou rota dependente significa que acontecimentos do passado podem dar origem a cadeias de causalidade que influenciam o presente. Assim, seria possível que situações idênticas em regiões distintas se tornem radicalmente diferentes devido a acontecimentos e influências sofridas em cada região.

O uso do conceito demanda o entendimento sobre o que existe nas instituições que influenciará escolhas futuras, mas também como as instituições e as "construções mentais" dos atores (no jargão da *path dependence*) interagem nesse processo (North, 1995: 25). *Path dependency* não significa apenas que a história e o passado contam, mas sim que, nas palavras de Levi (1997: 28), quando um país (ou uma região) adota um determinado caminho, os custos de mudá-lo são muito altos. O conceito de *path dependency* nos mostra que mudanças significativas de regime conduzirão a alterações em outras características políticas e sociais. Portanto, eventos anteriores influenciam os resultados e a trajetória de certas decisões, mas não levam necessariamente a movimentos na mesma direção que prevalecia no passado. O conceito de *path dependency* é importante exatamente porque pode haver uma reação ao *path* anterior, levando-o a outra direção (Pierson, 2000a: 252). Ademais, a utilização do conceito, como argumenta Pierson (2000a; 2000b), pode liberar os cientistas políticos de explicações funcionalistas sobre o papel e os objetivos das instituições e dos atores políticos e sociais. (SOUZA, 2003)

As instituições são elementos essenciais para o processo de desenvolvimento de qualquer Estado, já que elas minimizam conflitos e maximizam a possibilidade dos conflitos existentes serem resolvidos com o menor custo possível. RODRIK e SUBRAMANIAN (2003, p. 34) concluíram em sua pesquisa que fatores como o império do direito, um judiciário independente,

uma imprensa livre e democracia participativa seriam pré-condições para se poder estabelecer uma incipiente moldura institucional. Entretanto, seu estudo concluiu que seria difícil se estabelecer fatores que viabilizassem mensurar estas pré-condições.

Outro dado interessante mencionado nesta mesma pesquisa é a conclusão de que as instituições “não viajam bem” (2003, p. 33), fato que torna possível conceber que um mesmo desenho institucional funcione maravilhosamente no loco A e de forma precária em loco B. Parte do que Putnam busca em seu desenvolvimento é justamente isto: o fator determinante que faz com que dentro de um mesmo país se tenha o sucesso e fracasso de instituições formalmente idênticas.

Antes de qualquer outra colocação, faz-se necessário mostrar o ponto segundo Putnam, moldadas pela história moldam a política, como o mesmo descreve da seguinte forma:

As instituições moldam a política. As normas e os procedimentos operacionais típicos que compõem as instituições deixam sua marca nos resultados políticos na medida em que estruturam o comportamento político. Os resultados não podem ser meramente reduzidos à interação de jogo de bilhar dos indivíduos nem à interseção das forças sociais gerais. As instituições influenciam os resultados porque moldam a identidade, o poder e a estratégia dos atores.

As instituições são moldadas pela história. Independentemente de outros fatores que possam influenciar a sua forma, as instituições têm inércia e “robustez”. Portanto corporificam trajetórias históricas e momentos decisivos. A história é importante porque segue uma trajetória: o que ocorre antes (mesmo que tenha sido de certo modo ‘acidental’) condiciona o que ocorre depois. Os indivíduos podem ‘escolher’ suas instituições, mas não o fazem em circunstâncias que eles mesmos criaram, e suas escolhas por sua vez influenciam as regras dentro das quais seus sucessores fazem suas escolhas (PUTNAM, 2002,p. 23).

Deve-se entender, como descrito em HALL e TAYLOR (1996), que qualquer construção normativa deve ser compreendida como uma instituição. Isto posto, a construção constitucional Brasileira é uma instituição político-jurídica, bem como a sua estrutura de separação de poderes.

Os transplantes normativos e seu processo de mutação

Entende-se como transplante normativo o processo dentro do qual o direito migra de um espaço normativo para outro, por um processo consciente de formação e reforma normativa (WATSON, 1974). Ao analisar o sistema de Direito Comum britânico e o processo de incorporação de normas europeias continentais de tradição Romana, WATSON (1974) apresentou a ideia de que

o Direito Privado tem este mecanismo como sua principal válvula de evolução, centralizando o debate em estudos de Direito Comparado.

O processo de transplantes legais confunde-se com a ideia de polinização ou fertilização entre sistemas, defendido por SLAUGHTER (2002), bem como outros processos que identificam a ideia de aberturas sistêmicas que convidam estruturas normativas a se transferirem do espaço dentro do qual foram criadas para outro diverso. É um processo de criação, comum em diversos sistemas. Apesar de se dizer que o direito é um produto cultural e não pode ser transferido de um sistema para outro (LEGRAND, 2001), fato que traz o choque entre o posicionamento de que os transplantes são possíveis contra a ideia de que a estrutura normativa tem base cultural e portanto não transita entre sistemas.

Segundo SLAUGHTER (2002), a *globalização judicial* faz com que exista uma interação através das fronteiras estatais, levando os tribunais a trocarem ideias e cooperarem em casos não apenas internacionais como também em processos judiciais de Direito doméstico. Este processo pode ser considerado uma forma de transplante de estruturas normativas, mas como se vê mais adiante, este processo não importa a norma tal como ela foi criada, mas adapta a norma para uma realidade diversa daquela para qual a mesma fora criada, trazendo a ideia de *mutação*.

Judges are building a global community of law. They share values and interests based on their belief in the law as distinct but not divorced from politics and their view of themselves as professionals who must be insulated from direct political influence. At its best, this global community reminds each participant that his or her professional performance is being monitored and supported by a larger audience. National and international judges are networking, becoming increasingly aware of one another and of their stake in a common enterprise. The most informal level of transnational judicial contact is knowledge of foreign and international judicial decisions and a corresponding willingness to cite them. (SLAUGHTER, 1997, p. 186).

Em sua obra, WATSON (1978), determina que o Direito existe devido às necessidades da sociedade afirmando que “o direito é inconcebível sem a sociedade” (p. 313). Afirma que nenhum país ocidental está livre da influência do Direito Romano e ainda diz que como o Direito funciona no mundo das ideias, aqueles que aplicam o Direito ao conhecerem a norma estrangeira e seus benefícios a incorporam em seu sistema. A única questão que se deve debater, segundo este autor, é a utilidade do conteúdo no novo sistema.

This improvement may occur in various ways. A lawyer pleading in court may urge that on a disputed point a foreign rule provides a satisfactory solution and should be adopted. A textbook writer may do the same. A body established to propose reforms may examine foreign systems and consequently offer suggestions for alterations in the domestic system.

A legislature, influenced by foreign law, may pass a reforming statute. A nation may adopt a foreign code or use it as a model. (WATSON, 1978, p. 317).

Mais adiante, o mesmo descreve nove fatores (todos extremamente subjetivos) que influenciam os processos de transplantes: a origem da norma, as forças que geram a pressão, as forças de oposição, a tendência do transplante, os juristas, os fatores de discricção, o fator de generalidade e as necessidades sentidas pelo sistema. Dentre estes, pode-se dizer que a própria criação institucional sugere este processo, como acontece com as forças de pressão e oposição. Ao final, uma vez tomada emprestada, aqueles que responsáveis pelo processo não tem a menor ideia de como esta ideia vai funcionar na prática do novo local (WATSON, 1978, p. 315).

No que se entende como transplantes de normas institucionais constitucionais, alguns autores entendem que este processo não é possível devido a aspectos sociais e culturais (LEGRAND, 1997 e 2001 e SCHAUER, 2000).

... it seems plausible to hypothesize that the family consisting of laws relating to individual rights, national identity, and political structure would be less influenced by external forces than the family of economic, business, securities, and commercial laws, just as it seems plausible to hypothesize that constitutions would be less influenced by external forces than would so-called "ordinary" legislation (SCHAUER, 2000, p. 11).

Pode-se dizer que a heterogeneidade cultural e a ideia democrática de autogoverno podem fazer com que os transplantes constitucionais sejam indesejados. Contudo, NEVES (2013, p. 295) tem um posicionamento diverso deste, afirmando que a apesar da constituição apresentar-se como a instância e critério básico de compreensão da ordem jurídica estatal, sendo por consequência núcleo inviolável, diversas ordens jurídicas podem e devem dialogar para a solução de um problema constitucional comum. SPECTOR (2007), por sua vez, defende que o processo de transplante constitucional argentino logrou êxito, conforme descrito abaixo:

By invoking this doctrine to justify heterodox interpretations of the Constitution of 1853/1860, the Argentine Supreme Court maintained the persuasive force attached to the original rulings, while creating a new doctrine different from the transplanted precedent. With this rhetorical maneuver, the Argentine Supreme Court has awarded the President greater powers and has ultimately altered the division of powers as laid down in the historical Constitution. This new equilibrium of power was formally acknowledged in the constitutional amendment of 1994. Of course, the mutation effect could take place in other jurisdictions as well.

No caso citado acima, a Suprema Corte Argentina utilizou um precedente constitucional do Sistema Norte Americano para legitimar a modificação de contratos com bancos durante um momento de crise macroeconômica. Neste sentido, defende SPECTOR, a norma (precedente) transplantada passou por um processo de mutação para adequar-se ao sistema dentro do qual se inseria.

CANOTILHO (2009) aparentemente concorda com esta possibilidade, trazendo uma “teoria da interconstitucionalidade”, que estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político.

Segundo PERJU (2013), a menor unidade que pode ser transplantada em contexto constitucional poderia ser uma norma estrutural constitucional, como por exemplo a ideia alemã de um *Ombudsman*. Mais adiante, o autor afirma que houve um processo muito maior e mais complexo, com a importação do regime em si.

A importação Norte-Americana do Supremo Tribunal Federal (STF)

Entende-se que a forma institucional do STF fora transplantada do sistema Norte Americano. Diferente do que se vê no sistema Brasileiro, os Norte-Americanos criaram a sua Suprema Corte dentro da matriz constitucional, mas deixando todo os demais tribunais a cargo da criação do Congresso Nacional. Em seu Artigo 2, Seção 2 determina-se que sua composição será por indicação do Presidente da República, mediante aprovação do voto de dois terços do Senado. Mais adiante, verifica-se que o poder judiciário será exercido pela Suprema Corte, que julgará todos os casos (originariamente ou potencialmente por via de recursos) exceto os de *impeachment*. Investe-se à Suprema Corte do poder de determinar o sentido da *supreme law of the land* (lei suprema de todo o território), o que indica sua potencial função política.

BARROSO (2008) entende que o modelo constitucional seguido pelo mundo contemporâneo segue em linhas gerais três aspectos derivados da constituição e jurisprudência norte-americana: a identificação da supremacia constitucional; a supremacia judicial; e a ativa proteção à Direitos Fundamentais (p. 259). Neste sentido, também participou de um processo de exportação e devida migração para novos sistemas constitucionais a ideia do ativismo judicial,

onde há uma identificação de um fenômeno neoconstitucional, com a expansão da jurisdição constitucional e a sua potencial aplicação direta para a proteção de Direitos. A Americanização Constitucional no mundo do Direito Civil (BARROSO, 2009) é identificado com um processo de migração de regime e sistema, ocorrido tanto na época da construção republicana de 1889 quanto na reconstrução democrática de 1988.

An even larger unit of migration can be the regime itself. Examples include the borrowing of US presidentialism in Latin America and the borrowing of mixed, or semipresidential, systems in Eastern Europe from the French Fifth Republic. Large structure borrowing is almost always subject to assimilatory modifications such that the final results are often a pastiche (PERJU, 2013, p. 1314).

A afirmação comporta sentido prático. Pode-se importar desde uma unidade normativa quanto a uma estrutura complexa quanto o regime governamental, como afirmado durante o processo de importação do regime e sistema constitucional dos Estados Unidos pelos Estados Latino-Americanos. A conclusão apresentada demonstra verossimilhança com o caso brasileiro, que em sua constituição Republicana de 1891 importou o sistema de separação de poderes Americano e a construção de sua Suprema Corte. Não se trata de uma constituição sem um processo constitucionalista, trata-se de um processo de migração de uma estrutura normativa criada em um ambiente para outro diverso deste. Entende-se que a estrutura institucional em si não migra, mas o seu desenho, que fará com que o sistema recipiente a faça funcionar de forma diferente daquela do Estado de origem.

Vê-se uma dupla influência deste modelo original sobre o Brasileiro. A princípio na formação do STF aos moldes da Suprema Corte, mais adiante na importação da técnica ativista, o que faz deste tribunal um poderoso *veto-player* dentro de um jogo democrático onde sua legitimidade para tanto desperta dúvidas.

Entende-se que o momento ativista americano tem como primeiro grande destaque a era Warren (1953-1969) e mais adiante Burger (1969-1986). A Corte de Warren pregou a democracia inclusiva, verificando a necessidade de interferir para que se criasse um sistema devidamente integrado de negros e brancos (caso *Brown v. Board of Education*) ou decidindo em uma série de outros *cases* sobre elementos de natureza processual (como em *Mapp v. Ohio*, 1961 ou em *Gideon v. Wainwright*, 1963). Dentre estas encontra-se a decisão de *Baker v. Carr* onde se fez a verificação de distritos eleitorais. Nesta, entende-se a superação dos limites políticos impostos ao poder judiciário, entendendo uma notável interferência do poder judiciário Americano nas estruturas

eleitorais americanas em 1964, tabu desde a implementação da ideia da “questão política”, área reservada a apreciação do Executivo e Legislativo, tal como afirmado em *Luther v. Borden*, 1849.

Durante a era Burger encontra-se o caso *United States v Nixon*, uma verdadeira demonstração da interferência da Suprema Corte na relação executivo-legislativo. Foi esta corte que decidiu pela possibilidade do uso das fitas do caso *Watergate*, que levou a renúncia do então presidente Nixon. Também em sua regência vê-se a proteção a direitos reprodutivos da mulher (*Roe v. Wade*, 1973). Seguindo Burger, em 1986, Rehnquist (que lá permaneceu por 33 anos) bem como os seus sucessores moldaram a política através do uso de decisões jurisdicionais.

... países de democratização tardia ou de redemocratização recente precisam do modelo que foi celebrado e exportado, a despeito de suas idealizações. Nesses países, como regra, o processo político majoritário não consegue satisfazer plenamente as demandas por legitimidade democrática, em razão de distorções históricas na distribuição de poder e de riquezas. Nesse cenário, melhor do que a vocação autoritária do Executivo ou a baixa representatividade do Legislativo é a atuação equilibrada e independente dos tribunais constitucionais. Na medida em que consigam escapar da captura pela política ordinária, cabe a eles o papel de garantidores da estabilidade institucional e dos avanços sociais possíveis (BARROSO, 2009, p. 301).

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro foi criado pelo Decreto no 848 de 11 de outubro de 1890, editado pelo Governo Provisório da República, e teve sua previsão constitucionalmente configurada na Carta Política de 1891 conforme a redação abaixo:

Art 55 — O Poder Judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.

Art 56 — O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, no 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

Esta criação fez com que instituísse-se no Brasil um sistema semelhante aquele originário dos Estados Unidos em sua configuração original. Mais adiante, com o novo texto constitucional democrático de 1988, entende-se que o STF para por um processo de reconfiguração decorrente de seu próprio caminho (*path-dependence*) mas que apenas com a Emenda Constitucional de no. 45 ele passa a atuar de fato com características de *veto-player*, pois pode instituir comandos que vinculam todo o poder judiciário, simulando seu entendimento de forma obrigatória para todos.

Entende-se que até então o STF teve uma enorme dificuldade em centralizar e impor seus comandos frente as instâncias judiciais inferiores. A falta de instrumentos como o *stare decisis* do

common law e de uma barreira eficaz que impedisse seu funcionamento como mera terceira instância jurisdicional fizeram com que esta corte apenas em 2005, com a adoção de da súmula vinculante e da *repercussão geral* no Recurso Extraordinário, completasse-se e pudesse vir a agir como uma verdadeira Corte Constitucional (VIEIRA 2008).

No Brasil, particularmente, em razão de uma Constituição extensa e analítica, a constitucionalização do Direito assumiu uma feição dúplice: a) a vinda para a Constituição de princípios relacionados com múltiplas áreas do Direito, incluídos o direito civil, administrativo, penal, processual e outros; b) a ida de princípios constitucionais fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, aos diferentes domínios do direito infraconstitucional, dando novo sentido e alcance a suas normas e institutos. Associado à constitucionalização do Direito, verificou-se um processo extenso e profundo de judicialização das relações sociais e de questões politicamente controvertidas, que acendeu o debate acerca do papel do Judiciário e da legitimação democrática de sua atuação (BARROSO, 2009, p. 286).

Neste sentido, observa-se a formação de um catálogo, tal qual o Norte-Americano, o que significa a importação da técnica e interferência política do STF na estrutura de separação de poderes no Estado Brasileiro. Pode-se dizer que se vive uma *Supremocracia* (VIEIRA, 2008).

Pode-se fazer uma breve colecção destas decisões atípicas que muitas vezes importam na interferência da estrutura judicial em áreas que potencialmente caberiam aos demais agentes políticos devidamente eleitoralmente constituídos. Dentre estas decisões encontra-se os pronunciamentos quanto a/o:

- Constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos aposentados e pensionistas (ADI nº 3.105, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18/08/2004);
- Inconstitucionalidade da cláusula de barreira: (ADI nº 1.351, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7/12/2006);
- Greve dos Servidores Públicos: (MI n] 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25/10/2007);
- Constitucionalidade do passe livre para deficientes no transporte coletivo (ADI nº 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8/5/2008);
- Proibição ao nepotismo nos três Poderes (Súmula vinculante nº 13, aprovada na Sessão Plenária de 21/08/2008);

- Obrigação da Fidelidade partidária (ADI nº 3.999 e ADI nº 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12/11/2008,);
- Autorização para uso de células-tronco embrionárias em pesquisas (ADI nº 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29/5/2008);
- Caso Raposa Serra do Sol: demarcação da reserva indígena: (Pet nº 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19/3/2009);
- Inexigibilidade de diploma para o acesso e exercício da profissão de jornalista (RE nº 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17/6/2009);
- Reconhecimento da união estável homoafetiva (ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5/5/2011);
- Início da “legalização” do uso da maconha (ADI no 4.274, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23/11/2011);
- Constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa” (ADC no 29; ADC no 30 e ADI no 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 16/2/2012);
- Possibilidade de abortamento de feto anencefálico (ADPF no 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11/04/2012);
- Constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais (ADPF no 186, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26/04/2012) e sociais (RE no 597285 com repercussão geral, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 05/05/2012) para seleção de estudantes em Universidades.
- Decisão da estrutura do rito de impeachment (ADPF 378, rel. Min. Luis Roberto Barroso, julgamento em 17 de Dezembro de 2015).
- Decisão sobre o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da decisão. (HC 126.292, rel Min. Teori Zavaski, decisão 17 de Fevereiro de 2016)
- Afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha (Ação Cautelar (AC) 4070 rel. Min. Teori Zavaski, decisão 5 de maio de 2016).

Uma análise política: crise do poder legislativo?

O aparecimento de novas instâncias de poder público, tal como esta vista na nova roupagem do STF faz com que também surja a deterioração da adesão popular às até então sólidas instituições representativas democráticas.

É possível detectar uma crise do sentimento de estar representado, que compromete os laços que idealmente deveriam ligar os eleitores a parlamentares, candidatos, partidos e, de forma mais genérica, aos poderes constitucionais. O fenômeno ocorre por toda a parte, de maneira menos ou mais acentuada, atingindo novas e velhas democracias eleitorais (MIGUEL, 2003, p.13).

Por uma perspectiva política, realizar-se uma análise sob a ótica da escolha racional do sistema eleitoral brasileiro, que viabiliza a maximização das utilidades dos atores políticos e suas consequências sobre o STF. Essa instituição induz a possibilidade do que TSEBELIS (1998) chama de jogos ocultos, ou seja, a sua estrutura permite que os atores joguem em diversas arenas políticas, fazendo-se por vezes estratégias sub-ótimas em primeira medida para, posteriormente, barganhar algum benefício pessoal. Neste sentido, decisões impopulares ou que venham a causar diminuição aos ganhos relativos do grupo deixam de ser tomadas e sua responsabilidade e debate são transferidos para outros fóruns, neste caso, sofrem um processo de judicialização, já que se trata em grande parte da proteção a direitos fundamentais.

A instituição molda os interesses dos atores políticos, mas, no caso do sistema eleitoral brasileiro, existe um alto grau de desvio do interesse público para o interesse particular desses atores. Os fenômenos sociais são explicáveis apenas em termos do indivíduo e de acordo com o grau de coerção exercido sobre eles. Como a estrutura do sistema eleitoral brasileiro tem como consequência um baixo grau de punição, políticos são moldados por regras de jogo frágeis, gerando assim, um alto grau de deserção em relação a acordos assumidos. Ainda existe a possibilidade de sua interferência nas regras do jogo. Tome-se como exemplo a Emenda Constitucional 91 de 2016, que autoriza durante trinta dias o desligamento do partido político para qual o detentor do mandato eletivo fora eleito. Evidente está a influência das instituições brasileiras nas preferências dos atores políticos, mas o que impressiona no caso brasileiro é o efeito inverso que o sistema eleitoral proporciona, qual seja, maior liberdade para os políticos exercerem estratégias em seu próprio benefício.

Usando o processo legislativo como segundo exemplo da influência da estrutura institucional sobre os atores políticos. Mesmo que as regras eleitorais brasileiras gerem políticos individualistas, que apenas ocasionalmente são constrangidos pela liderança dos partidos as resoluções nos processos legislativos não podem ser reduzidas a uma soma de preferências individuais definitivas. Todos os parlamentos adotam regras de procedimento que,

deliberadamente ou por consequências imprevistas, entram ou facilitam a decisão de políticas públicas (AMES, 2003, p. 179-180).

“No organismo legislativo pode haver uma infinita variedade de opções e, toda vez que os projetos de lei contêm diversas questões ou dimensões distintas, os membros de uma coalizão minoritária têm muitas oportunidades para apresentar opções sedutoras para alguma maioria, com o que se forma uma nova coalizão majoritária. E a nova maioria pode ser destruída pela existência de opções semelhantes” (AMES, 2003, p. 281).

O termo *veto-player* foi criado por TSEBELIS (1997), e significa o poder de obstrução de mudanças sobre uma determinada política que tem um ator individual. Nas palavras do próprio autor:

Um veto player é um ator individual ou coletivo cuja concordância é necessária para que se tome uma decisão política: Demonstrarei que a estabilidade das políticas aumenta com (1) o número de atores envolvidos; (2) com sua incongruência (divergência de posições políticas) e (3) com a coesão interna a cada um deles.

Sendo assim, num sistema democrático, esses *veto-players* aumentam, pois o número de atores políticos com poder de obstrução é muito mais alto que um sistema autoritário, por exemplo. Quando há uma discordância entre as preferências desses atores políticos, há uma estabilidade do status quo, e não ocorre uma implementação de políticas públicas, principalmente quando as mesmas não são populares.

O STF, portanto, ao assumir um posicionamento ativo dentro da relação de separação dos poderes passa a agir como um *veto-player* dentro da própria estrutura normativa, tomando para si atribuições que originalmente foram pensadas como inerentes à função do legislativo. Contudo, dentro do catálogo apresentado supra, entende-se que ao decidir sobre as regras processuais do *impeachment* e sobre o afastamento de Eduardo Cunha, o Tribunal potencialmente inaugura uma nova fase em sua construção, que vai além das suas próprias determinações como antes se entendia. Como no caso *Bush v Gore* (531, US 98), onde na eleição presidencial de 2000 a Suprema Corte Americana decidiu de fato quem seria o Presidente dos Estados Unidos, o STF passa a vetar e interferir em relações institucionais como um verdadeiro *veto-player*.

Conclusão

Entende-se que a crise político, institucional e econômica brasileira tem raiz dentro da construção do sistema que a ampara. A relação entre poderes constituídos encontra-se fragilizada

devido aos estímulos e barganhas necessários para seu funcionamento, o que leva a constante e grande judicialização do debate político, transferindo para o STF a função de inovar no sistema e optar entre diversos cursos de ação. Isto faz dele, talvez, o mais importante *veto-player* do atual cenário político.

Realizada a análise política, verifica-se que em paralelo há um processo de incorporação da estrutura normativa dos EUA em curso, talvez motivado pelo modelo ter sucesso dentro da realidade para qual foi criada. Esta corte, que funcionou como paradigma para a construção do STF, por necessidade e *path-dependence*, já se transformou em um espaço ativo para decisões de natureza política, como visto anteriormente. O STF brasileiro completou seu processo de transformação normativa com a EC/45, mas continua com a sua caminhada de fortalecimento e empoderamento. O enfraquecimento do poder legislativo cede espaço para que o STF passe a agir de forma política.

O STF transforma-se em um importante agente neste sistema, regendo a relação executivo-legislativo, tornando possível o funcionamento do Estado neste momento de crise. Contudo, deve-se ter atenção para os potenciais efeitos perversos deste processo. Contesta-se a sua legitimidade para tanto. Não se deve fechar este debate, pois apesar de se concluir que os motivos que judicializam a política já foram descritos, um elemento ainda não se explica: como pode sobreviver a separação de poderes se aqueles que devem zelar pela mesma, fundamentados em necessidade, a colocam em segundo plano?

REFERÊNCIAS

AMES, B. **Os Entraves da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro, FGV: 2003.

BARROSO, L. R. **A Americanização do Direito Constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Cadernos da Escola de Direito, V2, N9: 2008. Acesso em: 20 de maio de 2016. Disponível em: [<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/459/0>]

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. 8ª ed. São Paulo, editora Perspectiva: 2003.

LEGRAND, P. **The Impossibility of Legal Transplants**, Maastricht Journal of European and Comparative Law 111, 114: 1997

LEGRAND, P. **What is legal transplants?** Hart Publishing, Oxford, 2001.

MIGUEL, L. F. 2003. Representação política em 3-D: elementos para uma teoria ampliada da representação política. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, v. 18, n. 51, p. 123-140. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>.

NEVES, M. *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes: 2009.

HALL, P.; TAYLOR, R.. **Political Science and the Three New Institutionalisms**. Cambridge, MA, June 1996

PERJU, V. **Constitutional Transplants, borrowing and migrations**. in ROSENFELD, M.; SAJÓ, A. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford, Oxford University Press: 2013

PUTNAM, R. D.: **Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2002.

RODRIGUES, L. B. **História do Supremo Tribunal Federal**. Editora Record, 2002.

RODRIGUES, D. e SUBRAMANIAN, A.: **The primacy of institutions (and what this does and does not mean)**. Revista Finance e Development, junho de 2003.

SCHAUER, F. **The Politics and Incentives of legal transplantation**. CID working paper no.44. Harvard, CID: 2000. Acesso em 15 de maio de 2016, disponível em [<http://www.cid.harvard.edu/cidwp/pdf/044.pdf>].

SLAUGHTER, A-M. *Judicial Globalization*. Virginia Journal of International Law. Charlottesville, v. 40, p. 1103-1124, 2000. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/VJIL.pdf>.

SLAUGHTER, A.-M., **The Real New World Order**, 76 FOREIGN AFF. 183, 186 (1997)

SOUZA, C. **Regiões metropolitanas: condicionantes do regime político**. Revista Lua Nova, no. 59, São Paulo: 2003.

SPECTOR, H. **Constitutional Transplants and the mutation effect**. 83 Chi.-Kent. L. Rev. 129 (2008). Disponível em: [<http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol183/iss1/8>]

TSEBELIS, G. **Processo Decisório em Sistemas Políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, n. 34, 1997.

VIEIRA, O. V. **Supremocracia**. Rev. direito GV, São Paulo , v. 4, n. 2, p. 441-463, Dez. 2008 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17 de maio de 2016.

WATSON, A. **Legal transplants: an approach to comparative law**. University Press of Virginia, 1974.

WATSON, A. **Comparative Law and Legal Change**. Cambridge Law Journal, 37, 1978.