

ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466



Revista de Informação Legislativa

Brasília – DF

volume 61

242

p. 1-234

abril a junho de 2024

SENADO FEDERAL



Jurisdição constitucional e ativismo judicial: diálogo crítico com as vertentes interpretativas da judicialização da política no Brasil

Constitutional jurisdiction and judicial activism: critical dialogue with the interpretative aspects of the judicialization of politics in Brazil

Valter Rodrigues de Carvalho¹

Resumo

O artigo analisa as interpretações da judicialização da política no Brasil com base em metodologia qualitativa e constata que é pontual e limitada a interpretação da judicialização da política como substituta da vontade majoritária pela dos tribunais. O conceito de *judicialização da política* menos controverso é o que enfatiza o uso estratégico dos tribunais contra decisões majoritárias pelas oposições, cuja intenção é buscar visibilidade midiática, além de desmerecer, protelar e sustar aquelas decisões. Verifica também que são plausíveis as interpretações que revestem a judicialização da política de caráter representativo, cuja legitimidade e justificação derivam da cadeia de delegação do Estado e da Constituição. Todavia, a *accountability* desses representantes não sujeitos ao dispositivo eleitoral deve rejeitar mecanismos de revocabilidade e deslocá-la para a força vinculatória da Constituição como programa substantivo com eficácia orientada para o futuro. Para isso, por revelar *a priori* princípios de justiça e equidade, a interpretação do *Direito como integridade* é mais efetiva na geração de *accountability* que uma interpretação pragmática do Direito, dado seu caráter instrumental e utilitarista.

Palavras-chave: Constituição; jurisdição constitucional; ativismo judicial; judicialização da política.

¹ Valter Rodrigues de Carvalho é doutor em Ciência Política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, SP, Brasil; licenciado em História pela PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil; bacharel em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes, Mogi das Cruzes, SP, Brasil; advogado. E-mail: valter.carvalhosp@gmail.com

Abstract

The article analyzes the interpretations of the judicialization of politics in Brazil based on qualitative methodology and finds that the interpretation of the judicialization of politics as a substitute for the majority will for that of the courts is punctual and limited. The least controversial concept of *judicialization of politics* is the one that emphasizes the strategic use of the courts against majority decisions by the opposition, whose intention is to seek media visibility, in addition to belittling, delaying and suspending those decisions. It also verifies that the interpretations that involve the judicialization of representative politics are plausible, whose legitimacy and justification derive from the chain of delegation of the State and the Constitution. However, the accountability of these representatives not subject to the electoral device must reject recall mechanisms and shift it to the binding force of the Constitution as a substantive program with future-oriented effectiveness. To this end, the interpretation of *Law as integrity*, by revealing *a priori* principles of justice and equity, is more effective in generating accountability than a pragmatic interpretation of Law, given its instrumental and utilitarian character.

Keywords: Constitution; constitutional jurisdiction; judicial activism; judicialization of politics.

Recebido em 9/11/23

Aprovado em 21/2/24

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

O Brasil inscreve-se no processo internacional de judicialização da política, que decorre da expansão global da *judicial review*, de origem norte-americana; paulatinamente, ela foi transformando o Poder Judiciário em relevante ator político. O caso *Marbury vs. Madison* (1803) introduziu uma inovação destinada a alterar de forma radical o que se tinha como imutável até então: a possibilidade de juízes suspenderem a validade e eficácia de decisões

2 CARVALHO, Valter Rodrigues de. Jurisdição constitucional e ativismo judicial: diálogo crítico com as vertentes interpretativas da judicialização da política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 242, p. 61-94, abr./jun. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p61

3 Carvalho, V. R. de. (2024). Jurisdição constitucional e ativismo judicial: diálogo crítico com as vertentes interpretativas da judicialização da política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(242), 61-94. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/242/ril_v61_n242_p61

do Poder soberano⁴. E isso se vincula diretamente à ideia de construir um novo absoluto do qual deriva o Poder: a Constituição escrita. Ao erigir um novo absoluto a impor sua *força normativa*⁵, que substitui o corpo do rei ou dos parlamentos como fonte legitimadora do poder, a Constituição escrita tornou-se a norma hierarquicamente superior⁶. Como o dogma da supremacia constitucional requeria, para perdurar, um Poder que zelasse pela conformação das leis à Constituição, esse papel foi delegado a uma corte constitucional.

Tributária do ideal de supremacia da soberania popular, a França não apenas incorporou um núcleo intangível de direitos a sua Constituição no pós-guerra, como também instituiu o Conselho Constitucional, que a partir de 1970 operou a reversão da forte tradição de primazia da vontade majoritária herdada da revolução de 1789, cuja consequência foi o fim da exceção jacobina⁷. A partir de então, a *judicial review* rapidamente alcançou países antes mais resistentes a sua incorporação, como a Inglaterra. Nos anos 1970, na transição do regime autoritário à democracia, instituiu-se em Portugal uma Constituição programática, em que os direitos sociais e fundamentais, além de vincularem o legislador, não prescindem do escrutínio de uma corte a aferir a eficácia e a conformidade à Constituição. Dessa forma, aproximaram-se as dimensões da *justiça* e da *política*, divorciadas por uma longa tradição juspositivista.

A experiência de Portugal teve grande influência na formação do constitucionalismo brasileiro naqueles anos de transição. Com base nessa influência e nas possibilidades abertas pelo fim da ditadura militar, rompeu-se com a ideia de Constituição como sistema fechado de garantias da autonomia privada – herança da tradição liberal – e, em seu lugar, erigiu-se a Constituição como *obra aberta*, dotada de valores como liberdade, igualdade e dignidade humana, cuja eficácia deve ser perseguida pelas gerações futuras⁸.

O objetivo geral deste artigo é dialogar criticamente com as vertentes interpretativas da judicialização da política no Brasil. Os objetivos específicos centram-se no estudo das precondições incentivadoras da judicialização apontadas na literatura e a constatação delas na experiência brasileira. Analisam-se também os achados empíricos da literatura sobre a judicialização da política.

A análise crítica do objeto deste artigo centra-se em três vertentes interpretativas da judicialização política: a) como *continuidade da representação funcional*, formulada pelo sociólogo Luiz Werneck Vianna (1938-2024); b) como *resultado das estratégias políticas*, de Matthew M. Taylor e Luciano Da Ros; e c) como *função qualificadora/ressignificadora da representação*, de Thamy Pogrebinski. Ao analisar e cotejar as três interpretações, indaga-se:

4 Para uma análise pormenorizada do caso *Marbury vs. Madison*, ver Souto (2008, p. 11-21).

5 O conceito de *Constituição como força normativa* é de Hesse (2004, p. 15-16).

6 O conceito de *novo absoluto* é de Arendt (1988, p. 146-167).

7 O conceito de *fim da exceção jacobina* é de Garapon (1996, p. 31-35).

8 *Constituição como obra aberta* é um conceito de Vianna calcado na teoria da *Constituição aberta* de Häberle; ver Häberle (2002, p. 11-12) e Vianna (2010, p. 95-96).

esses estudos empíricos revelam uma judicialização da política no Brasil? As interpretações da judicialização como representação resolvem plausivelmente questões de delegação e de *accountability* (por exemplo, responsabilização), intrínsecas ao fenômeno da representação?

As hipóteses centrais do artigo sustentam que no Brasil a interpretação mais consensual da judicialização da política realça o uso estratégico e tático dos tribunais por atores políticos e institucionais, seja para buscar visibilidade e marcar posição, seja para desmerecer, protelar e sustar decisões majoritárias; e que é pontual e limitada a interpretação da delegação de poder baseada na teoria da usurpação da vontade majoritária pelos tribunais. As hipóteses sustentam também o fito de legitimar e justificar o caráter representativo de cortes constitucionais. Os Estados democráticos caracterizam-se pelas redes de delegações, mas a forma de *accountability* deve prescindir da revocabilidade de delegação e deslocar-se para o caráter programático da Constituição e sua força vinculatória do intérprete judicial; para isso, uma interpretação do *Direito como integridade* revela maior capacidade de gerar *accountability* se comparada a uma interpretação pragmática.

Utiliza-se neste estudo a metodologia qualitativa, combinando duas técnicas: a análise bibliográfica e a análise conceitual. A pesquisa qualitativa com fontes bibliográficas oferece meios para conhecer o objeto de pesquisa e explorar conhecimentos ainda não sedimentados. Assim, “a pesquisa bibliográfica não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras” (Marconi; Lakatos, 2007, p. 189). Por sua vez, a técnica conceitual é utilizada quando se precisa definir o objeto de pesquisa; nesse modelo de investigação, demanda-se do pesquisador que o apuro conceitual seja o máximo possível, o que significa que a técnica bibliográfica [...] e as estruturas lógicas do raciocínio devam ser permanentemente sopesadas pelo pesquisador” (Bittar, 2007, p. 186). Em toda pesquisa é raro o momento em que não nos deparamos com a necessidade de definir conceitos, tarefa que se relaciona estreitamente à análise bibliográfica.

2 Arranjos político-institucionais e jurídicos incentivadores do ativismo e a experiência brasileira

A judicialização da política compõe-se de dois fenômenos inter-relacionados.

Um deles é a definição de políticas públicas pelos tribunais – notadamente pelo órgão de cúpula, a corte constitucional – em que eles substituem a vontade majoritária democraticamente legitimada por eleições. Nessa acepção, a judicialização corresponde à expansão da competência dos tribunais em questões de políticas públicas sobre as quais se devem formar juízos jurisprudenciais (Vallinder, 1994, p. 91). Desse modo, eles passam a exercer poderes decisórios e atribuições antes privativos da esfera dos Poderes políticos – o Legislativo e o Executivo. De acordo com Stone (1994) e Vallinder (1994), como estão autorizados a intervir na elaboração de políticas públicas, os juízes dos tribunais superiores são especialmente

requisitados a participar de sua formulação e implantação. Para isso, os políticos estão legitimados – o que só ocorre, como regra, em regimes democráticos – a provocar os tribunais para exigir a aferição da constitucionalidade das leis, normas e atos dos outros Poderes. Mais que isso, a jurisprudência constitucional transmuta-se em paradigma para as decisões dos outros dois, em que o processo legislativo é direcionado e condicionado pela vontade dos tribunais (Stone, 1994, p. 447); isso ocorre porque a ameaça de vetos e censuras induz os políticos a anteciparem reações.

O outro fenômeno está em que *judicializar* significa também adotar, na arena política e administrativa, tanto procedimentos similares aos utilizados pelos juízes quanto parâmetros jurisprudenciais definidos pelos tribunais, *ex officio* ou mediante provocação (Vallinder, 1994, p. 91; Stone, 1994, p. 444; Garapon, 1996, p. 42). Em outras palavras, as esferas político-deliberativas são tão fortemente influenciadas pela arena judicial que se tornaram comuns regras e procedimentos típicos dos tribunais e peculiares ao processo judicial (Vallinder, 1994).

Ambos os fenômenos realizam-se em circularidade ou reciprocidade: a política é judicializada e a justiça é politizada. Na precisa definição de Garapon (1996, p. 42, grifos nossos), “a *politização* do pensamento judicial só encontra seu equivalente na *judicialização* do discurso político”. Esta é a mais disseminada e de mais fácil percepção que a outra, mais específica e limitada, embora os discursos (inclusive os de parte da literatura) lhe tenham atribuído uma dimensão que os dados empíricos desautorizam.

A judicialização depende de precondições sociais, políticas e jurídico-institucionais. Tate e Vallinder (1995), Stone (1994) e Vallinder (1994) pioneiramente elencaram precondições político-institucionais propiciadoras da judicialização da política e da politização da justiça. Proceda-se aqui a um balanço dessas precondições para, com base na literatura apropriada, aferir a sua existência no contexto histórico-institucional brasileiro a partir da reinstauração da democracia.

Primeiro: democracia com pluralismo político é condição necessária, mas não suficiente. A democracia pluralista requer atores sociais competindo nas arenas político-sociais, bem como regras e procedimentos que aceitem e processem suas reivindicações e demandas. É impossível haver tribunais ativos em regimes autoritários, em que os governantes não toleram processos decisórios com base em procedimentos e regras que impliquem participação e oponham vetos a suas decisões (Tate, 1995, p. 29). Segundo Dahl (2005, p. 29), a democratização é “formada por pelo menos duas dimensões: contestação pública e direitos de participação”. A essa precondição o Brasil satisfaz plenamente. A democratização agigantou o contingente de cidadãos aptos a participar das decisões políticas: o pluralismo é robusto no âmbito partidário, sindical e associativo (Carvalho, 2002, p. 200-201; Ramalho, 2008, p. 137-139), inclusive com a participação dessas formas de organização no controle de constitucionalidade das leis e normas emanadas dos Poderes.

Segundo: a separação de Poderes é condição necessária ao incentivo da judicialização da política, pois na arquitetura constitucional o Judiciário encontra-se em posição confortável

quando intervém nas decisões dos demais Poderes, pois também é um Poder independente. Na verdade, não mais se trata da velha divisão mecânica proposta por Montesquieu. Sobre esse fato Benjamin Constant (1767-1830) já argumentara que “de nada adianta dividir os poderes: se a soma total do poder é ilimitada, os poderes divididos só necessitam formar uma coalizão, e o despotismo é irremediável”. Em outras palavras, dever-se-iam impor limites aos Poderes, pois “há objetos sobre os quais o legislador não tem o direito de fazer uma lei, ou, [...] que a soberania é limitada e que há vontades que nem o povo nem seus delegados têm o direito de ter” (Constant, 2005, p. 13). Esse ideal – consubstanciado nos direitos negativos à época em que Constant escreveu – já era uma realidade nos EUA. Na arquitetura da Constituição mista idealizada e realizada, a velha separação dos Poderes cedeu lugar ao sistema dos *checks and balances*, por meio do qual um Poder pode intervir em outro, de modo que se limitam reciprocamente (Dahl, 2015, p. 48-49). Como exemplo, pode-se mencionar o poder de veto do Executivo sobre o Legislativo, o poder da câmara alta de limitar tanto a câmara baixa quanto o Poder Executivo e a revisão de leis e normas dos demais Poderes por uma corte constitucional.

Sob a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), o Judiciário adquiriu autonomia funcional e administrativa, além de independência e garantias para seus membros, como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimento (Mendes; Coelho; Branco, 2008, p. 974-978). Da incumbência de realizar o controle de legalidade de normas e atos dos governantes decorre “a necessidade de que, na sua organização, materialize-se a clara relação de independência do Poder Judiciário e do próprio juiz em relação aos demais Poderes ou influências externas” (Mendes; Coelho; Branco, 2008, p. 977). Assim, é possível “tolerar a tomada de decisões em processos que ponham a adesão a regras e direitos processuais e legais acima da rápida obtenção dos resultados substantivos desejados” (Tate, 1995, p. 28, tradução nossa). Nessas condições, o Judiciário torna-se ator com poder de veto sobre decisões dos governantes.

Terceiro: a existência de cartas de direitos – *bills of rights*, nos moldes inglês e norte-americano –, as quais ocupam lugar superior na hierarquia das normas, é condição incentivadora da judicialização, embora não necessariamente a provoque (Tate, 1995, p. 29). Depois da barbárie totalitária do século XX, expandiu-se mundo afora a incorporação de catálogos de direitos fundamentais nas Constituições (Cappelletti, 1999; Garapon, 1996). Numa perspectiva crítica, Garapon (1996, p. 40) afirma que a hierarquização das normas (introduzindo um nível superior) e a desnacionalização do Direito (com a introdução de catálogos de direitos humanos também superiores na escala hierárquica) provocaram uma revolução, em que o soberano se vê superado pelos tribunais, perante os quais seus atos poderão ser revisados e reconsiderados à luz dos textos fundadores de hierarquia superior. No Brasil, o revigoramento da sociedade civil na transição para a democracia trouxe à tona novos atores, tolhidos por anos de regime autoritário-burocrático (Sader, 1988, p. 314). Oriunda desse processo, a CRFB – a mais generosa e rica Constituição da história do País em termos de direitos civis, políticos e sociais – assegurou, não sem problemas de

eficácia e retrocessos, a sequência de direitos historicamente verificados na experiência de poucos países desenvolvidos (Carvalho, 2002, p. 200-208). Ela contém, inclusive, um núcleo intangível de direitos fundamentais.

Quarto: o uso dos tribunais por grupos de interesses é condição incentivadora da judicialização. Tais grupos com interesses econômicos e sociais são centrais na estruturação do sistema político, de modo que o Direito se desenvolve e se expande como resultado de suas pressões; e, quando os interesses desses grupos não são conquistados pela via tradicional, os tribunais configuram-se como possibilidade de veto às decisões majoritárias (Tate, 1995, p. 30). A exemplo dos empresariais, esses grupos podem disfarçar seus reais interesses ao defenderem outros que prejudiquem os concorrentes. Ou defender direitos de categorias, como os sindicatos, e atentar para a viabilidade econômico-financeira de suas propostas. Após a transição, parte dos grupos de interesses – associações empresariais, sindicais e profissionais – ocupou posição proeminente na ordem constitucional, ao compor a comunidade de intérpretes da Constituição (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999). Desse modo, segundo Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999, p. 259), a judicialização da política não resulta do protagonismo institucional do Poder Judiciário, pois

[ela] deriva, diversamente, de novas práticas de resistência da sociedade civil, particularmente dos partidos que compõem a minoria parlamentar e das associações de interesses dos setores subalternos, que vêm encontrando na comunidade dos intérpretes um caminho para reforçar sua representação.

Quinto: o uso dos tribunais pela oposição partidária, condição complementar à anterior, incentiva a judicialização. Para Hirschl (2009, p. 165), os partidos de oposição podem “buscar judicializar a política [...] para dificultar a vida do governo da vez [...]”. Podem recorrer ao Judiciário na tentativa de aumentar sua exposição na mídia, independentemente de o resultado final da disputa ser ou não favorável”. Por isso, afirma que a judicialização transcende o debate acerca de direitos, garantias e arranjos institucionais, e comporta um componente estratégico dos grupos políticos diante dos conflitos sociais, econômicos e políticos, com a finalidade de realizar plataformas ideais. No Brasil, a abertura do sistema de controle constitucional – antes limitado ao procurador-geral da República – tornou essenciais os partidos no processo de interpretação da Constituição. Desse modo, o uso estratégico dos tribunais pela oposição foi testado e provado por estudos empíricos nas últimas décadas (Arantes, 1997, p. 185; Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 95; Teixeira, 2001, p. 135; Taylor; Da Ross, 2008, p. 833; Pogrebinschi, 2011, p. 90). Os partidos de oposição utilizam mais frequentemente os tribunais para se contraporem a decisões do governo, pois “fazem uso três vezes mais do que os partidos de governo” (Pogrebinschi, 2011, p. 90). A respeito do governo de Fernando Henrique Cardoso, destacam Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999, p. 103) que o fato de os partidos de esquerda serem responsáveis pela iniciativa da quase totalidade das Ações Diretas de Inconstitucionalidade

(ADIs) “prova a consistente judicialização da política como recurso da minoria”. É, pois, um dado comprovado o uso dos tribunais pelos partidos de oposição, que se tornaram os principais propositores de ADIs.

Sexto: é precondição propiciadora da judicialização a inefetividade das instituições majoritárias em definir a vontade da maioria. Segundo Tate (1995, p. 31-32), nessa variável incluem-se situações em que a judicialização ocorre porque as instituições majoritárias são ineficazes em concretizar políticas necessárias à população, quando das práticas de corrupção ou da evidente fragilidade dos partidos políticos e coalizões governamentais resultam a paralisia decisória e a crise de governabilidade das instituições majoritárias. Como são incapazes de prover às demandas sociais, as forças majoritárias preferem a inércia, e as minorias levam o conflito para a arena judicial.

Essa condição não é satisfeita no Brasil. À exceção do breve governo de Fernando Collor de Mello (1990-1992), predominaram governos de amplas coalizões nos mandatos de Itamar Franco (1992-1994), Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). A predominância do Poder Executivo é perceptível nos dados levantados em estudos empíricos sobre iniciativa legislativa (Figueiredo; Limongi, 2003; Santos, 2003). No caso de leis cuja iniciativa compete também ao Legislativo, 85% das leis sancionadas a partir de 1988 foram iniciadas pelo Executivo (Figueiredo; Limongi, 2003, p. 50-51). Assim, “a agenda do Executivo segue uma rota excepcional, passa em tramitação urgente, enquanto a agenda do Legislativo segue a via das comissões e do poder terminativo” (Figueiredo; Limongi, 2003, p. 67). Trata-se de um padrão de continuidade de Executivo herdado do período autoritário.

Considera-se, por fim, a delegação de responsabilidade das instituições majoritárias na definição da vontade da maioria. De forma intencional, as instituições majoritárias, em dados contextos e situações, podem optar por delegar a definição da vontade da maioria às cortes de Justiça. Quando a maioria, por meio de seus líderes, renuncia à tomada de decisões sobre determinados temas, sinaliza que o faz propositadamente, pois em geral os custos políticos de decidir sobre certos temas controversos comportam riscos de magnitude elevada para a continuidade dos representantes eleitos em suas respectivas carreiras (Tate, 1995, p. 32). Para Hirschl (2009, p. 165), trata-se de cálculo estratégico com duas intenções ou resultados possíveis: a) aumentar a legitimidade ou reduzir a culpa dos políticos pelas decisões sobre temas controversos; e b) a delegação “pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse”. São os casos da renúncia de certas legislaturas estaduais norte-americanas ao decidirem sobre liberalização e descriminalização do aborto, ou ao delegarem aos tribunais a administração de prisões e reformatórios (Tate, 1995, p. 31-32). De fato, diante de questões coletivamente controversas – como o aborto, o casamento homoafetivo e o uso medicinal da *Cannabis* –, os políticos delegam-nas à competência dos tribunais.

No Brasil, há um caso exemplar desse tipo de delegação: a equiparação da união homoafetiva à união estável por decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Na esteira da conscientização e da superação do preconceito contra a orientação sexual no Brasil, as uniões homoafetivas tornaram-se mais presentes no cenário social, e o tema chegou ao STF (Barroso, 2018, p. 423). Diante da inércia do procurador-geral da República, detentor da legitimidade universal⁹, o governador do Rio de Janeiro, dada sua legitimação especial, apresentou a ADPF mediante a demonstração de pertinência temática. Em interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 da Lei nº 10.406/2002 (*Código civil*), o STF estendeu à união homoafetiva o reconhecimento de entidade familiar da união heteroafetiva.

3 Judicialização da política como continuidade da representação funcional herdeira da tradição republicana

O conceito de judicialização da política como *representação funcional* tem Luiz Werneck Vianna como seu formulador – um pioneiro no estudo desse tema e das relações sociais e um estudioso do pensamento social e político-jurídico brasileiro. Sua concepção de judicialização, otimista e progressista, inscreve-se em suas obras sobre a formação de um Estado regulador a partir dos anos 1930. Analisa-se aqui o conceito de *judicialização* com base em três de suas obras: *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999), *Dezessete anos de judicialização da política* (Vianna; Burgos; Salles, 2007) e *O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação* (Vianna, 2010).

A judicialização da política e das relações sociais no Brasil inscreve-se no processo de expansão global da *judicial review* de origem norte-americana, que aos poucos incorporou o Judiciário como novo ator na expressão da vontade soberana. Aproximam-se, assim, as duas dimensões: a do Poder Judiciário e a do poder político, separadas por uma longa e resistente tradição juspositivista. Na França, cujo Conselho Constitucional foi instituído em 1948, assistiu-se à reversão de uma forte tradição de primazia da vontade majoritária a partir dos anos de 1970 – herdada da revolução de 1789. A partir daí, “o processo de *judicial review* não somente se amplia como se generaliza nos países de democracias avançadas, atingindo inclusive a Inglaterra, país que mais resistiu a ele no Ocidente europeu” (Vianna, 2010, p. 94).

O movimento de expansão da *judicial review* chegou a países que transitaram para a democracia, como Portugal e a Espanha, e a partir deles se irradiou para o Brasil. Na década de 1970, as Constituições desses países, notadamente a de Portugal, ancoraram-se nos direitos fundamentais, em que os atos legislativos do Poder soberano não prescindem

⁹ Sobre o assunto, ver Barroso (2018, p. 421-445).

do “escrutínio, em nome da defesa dos direitos fundamentais, por uma corte de controle constitucional dotada da capacidade de declará-los, quando provocada por uma ação de um agente social, como contrários a estes direitos, assim impedindo a sua concretização” (Vianna, 2010, p. 94). Segundo o autor, o esteio da judicialização é esse caráter vinculatório dos direitos fundamentais, submetido ao escrutínio do controle constitucional. Ela é, pois, obra do constituinte.

Para Vianna (2010), a partir de 1988 essas grandes mutações societárias não passaram despercebidas pela teoria constitucional e pelos atores políticos; operou-se uma inovação radical na direção da superação do constitucionalismo liberal pelo constitucionalismo comunitário como “sociedade mesma constituída”, na expressão de Peter Häberle (*apud* Vianna, 2010, p. 96). Rompeu-se com a ideia de Constituição como sistema fechado de garantia à autonomia privada, herança liberal, e ensejou-se o conceito de Constituição como *obra aberta*, com os valores da igualdade e dignidade humanas a serem realizados. A “Constituição seria, nesse sentido, uma obra aberta confiada às futuras gerações, às quais competiria garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio dos recursos procedimentais dispostos em seu [...] texto” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 40). A CRFB confirma a tradição republicana que remonta a 1930, na qual o mercado de trabalho e o mercado político – as duas dimensões centrais da modernidade – estavam recobertos pelos procedimentos e instituições do Direito; desde que se entenda isso, é possível compreender a judicialização da política.

Na análise empírica desse processo, Vianna agrega os dados de sua primeira pesquisa (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999) a novos dados coletados e consolidados em 2006 (Vianna; Burgos; Salles, 2007); ao todo são 3.648 ADIs apresentadas ao STF entre 1988 e 2005. O autor ressalta que seu objetivo é “verificar se o padrão de judicialização da política antes constatado ainda persiste [...] e como variou, no curso de quase duas décadas, o perfil dos seus autores e temas” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 43). Por isso, as ADIs foram classificadas tendo em conta: a origem, o requerente e o requerido, o dispositivo legal questionado, a classe temática, a fundamentação constitucional e o resultado da liminar. A análise foi dividida em três períodos: a) antes de Fernando Henrique Cardoso (1988-1993); b) durante os seus mandatos (1994-2002); e c) no primeiro mandato de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2006).

Em relação aos dados, algumas tendências gerais são visíveis. Uma delas são as alterações no uso das ADIs em função das mudanças na correlação de forças no governo. Assim, a esquerda, que era minoritária no governo de Fernando Henrique Cardoso, recorria com muita frequência ao instrumento das ADIs. Para Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999, p. 259), a judicialização da política no Brasil resulta “de novas práticas de resistência da sociedade civil, particularmente dos partidos que compõem a minoria parlamentar e das associações de interesses dos setores subalternos, que vêm encontrando na comunidade dos intérpretes um caminho para reforçar a sua representação”. Ao se tornar governo, a esquerda reduziu drasticamente o uso de ADIs. O Partido dos Trabalhadores (PT), campeão

no manejo de ADIs, não apresentou ADI alguma no governo de Luiz Inácio Lula da Silva; nesse período, declinou substancialmente o número de ADIs apresentadas por associações e partidos e, inversamente, houve o incremento substancial das ADIs propostas por governadores e procuradores. Desse modo, “os porta-vozes da opinião (partidos) e dos interesses (associações), que no período FHC [chegaram] a responder por 54% do total das [ADIs], [tiveram] sua participação reduzida a menos de 37% do total no governo Lula” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 48). Em tendência inversa, governadores e procuradores apresentaram 56,6% do total. Dentre as ADIs dos procuradores, 40% foram apresentadas entre 2004 e 2010. Nesse período, o percentual das ADIs dos procuradores subiu de 11,2% para 35,9%, ao passo que o dos partidos decresceu de 28% para menos de 15%, devido à drástica queda da presença da esquerda no uso das ADIs. Em relação à classe temática, 60% (2.178) das ADIs contestaram normas da Administração Pública; 12,6% (457) o fizeram em relação a normas tributárias; 11,6% (422) contrapuseram-se às normas de regulação da sociedade civil; 6,1% (221), às de regulação econômica; e apenas 3,8% (138) insurgiram-se contra a política social. Essas normas contestadas eram majoritariamente estaduais. De fato, os legislativos estaduais produziram 40% (1.429) das normas de Administração Pública contestadas. Por sua vez, as ADIs contra normas federais são mais diversificadas em seus conteúdos: 39,3% são normas da Administração; 17%, de política tributária; 14,2%, de regulação da sociedade civil; e 10,5%, de regulação econômica.

Os governadores apresentaram 949 ADIs. Depois de um declínio em 1998, nota-se que eles retomaram sua presença. Numa análise por classe temática, “nada menos que 87,1% (827) das [ADIs] de governadores se voltam contra normas aprovadas pelas assembleias legislativas” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 53). E não menos que 68,7% delas buscam a arguição de inconstitucionalidade de normas da Administração Pública; apenas 5% são contra normas do Legislativo federal. A forte presença dos governadores deve-se à “produção das constituições estaduais, e, logo em seguida, pela reforma administrativa, o que implicou o ajuste dos estados [...] à política de redução dos gastos com a máquina pública [...] praticada pelo governo federal” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 74).

Essa questão é mais bem compreendida quando se analisam as ADIs dos procuradores, que apresentaram 808 ADIs. Depois de um declínio, em meados dos anos 1990, observa-se que o número de ADIs dos procuradores voltou a crescer a partir de 2004. Reiterando o perfil das ADIs dos governadores, 65,6% das ADIs contestam normas dos legislativos estaduais. Quando se dá ênfase à classe temática, 80% das ADIs dos procuradores surpreendentemente tratam de matéria de Administração Pública: “no âmbito das [ADIs], a atuação do Ministério Público está, prioritariamente, focada no tema da racionalidade administrativa, e apenas secundariamente nos temas que envolvem interesses sociais e das minorias” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 61). No âmbito federal, 11,8% das ADIs dos procuradores contestaram normas do Legislativo e 3,2%, as do Executivo. Portanto, sobressai o caráter racionalizador imposto à produção de leis dos legislativos estaduais por meio do controle de constitucionalidade exercido por esses intérpretes (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos,

1999). Observa-se, pois, uma sintonia entre a origem das normas e a classe temática das normas contestadas pelos governadores e procuradores.

Os partidos políticos apresentaram 723 ADIs no período. Predominam as agremiações de esquerda, responsáveis por 56,6% (409) delas; o centro, a direita e os “nanicos” vêm em seguida, respectivamente com 21,0% (152), 14,9% (108) e 7,5% (54). O pico da atuação dos partidos ocorre entre 1999 e 2002. Quando se enfatiza a origem das normas contestadas, contrariamente às ADIs de governadores e procuradores, constata-se que 393 das ADIs dos partidos se voltaram contra normas do Legislativo federal, e a esquerda foi responsável por 69,7% (274) delas. Esse dado é uma “forte evidência da adoção das [ADIs] como mecanismo de defesa das minorias políticas em face da maioria esmagadora do presidencialismo de coalizão, que caracterizou sobretudo os dois períodos FHC” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 68). O PT foi responsável pela maior parte das ADIs da esquerda contra normas do Legislativo federal: quase 60% (136) delas. O Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Socialista Brasileiro (PSB) vêm em seguida, respectivamente com 26,9% (75) e 8,6% (24).

As associações foram responsáveis por 907 ADIs. Além do uso constante, observa-se um ligeiro crescimento entre 2004 e 2010. Juntamente com os partidos, as associações constituem um indício clássico da judicialização da política. Das ADIs das associações, 37,0% (336) são de funcionários públicos; 34,2% (310), de empresários; 14,7% (133), de trabalhadores; e 14,1% (128), de interesses específicos. Ainda que o STF tenha limitado o papel das associações com a severa exigência de cláusula de pertinência – um claro resquício autoritário que levou à rejeição preliminar de 144 ADIs –, “o mundo dos interesses e das profissões (inclusive os empresários) tem-se apresentado como o principal intérprete, em termos quantitativos, da Constituição” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 105). Quando se discriminam as ADIs das associações, é possível compreender melhor a judicialização desses intérpretes. Entre as associações de funcionários públicos, a maior incidência é de magistrados, com 28,6% (96); policiais, com 22,3% (75); fiscais, com 12,5% (42); e procuradores, com 11,6% (39). A forte presença de associações do funcionalismo público é mais uma evidência de que a CRFB se tornou parâmetro para o Direito Administrativo (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 72). A reforma do Estado chocou-se com os interesses do funcionalismo público, inclusive do sistema de Justiça.

Para Vianna, Burgos e Salles (2007, p. 72), as ADIs das associações têm caráter “bastante heterogêneo, incluindo não apenas a defesa de interesses corporativos, mas também uma pauta mais ampla, que tem contribuído para assegurar [...] certa uniformidade nacional nos procedimentos relacionados ao funcionamento do sistema do direito”. Quanto à origem e à classe temática, elas são variáveis também. As ADIs movidas pelo mundo empresarial concentram-se em normas da esfera federal (64,9%) com conteúdos tributários (40,5), regulação da sociedade civil (28,5%) e de cunho econômico (11,7%) – daí a conclusão de que “os empresários também se comportam como ‘minorias’, recorrendo à justiça a fim de obstar a vontade da maioria, um sinal, talvez, da debilidade de sua representação política

na estrutura partidária” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 110). Por sua vez, as ADIs das associações de trabalhadores contestam majoritariamente normas de origens estaduais (64,3%), cuja rubrica é a Administração Pública (59,6%); no âmbito federal, 15,1% das normas contestadas têm origem no Executivo e 19,6%, no Legislativo; as demais se distribuem pelas áreas econômicas, sociais, de regulação da sociedade e de política tributária. Por fim, entre as ADIs das associações de trabalhadores, as centrais sindicais são responsáveis por 28,5% (133), o que leva à hipótese de se tratar de defesa dos seus interesses mais universais.

Relativamente às decisões liminares, o STF tem exercido o controle de constitucionalidade mais por decisões liminares que por decisões de mérito (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999; Vianna; Burgos; Salles, 2007). Do total de ADIs estudadas, 33% (1.049) tiveram pedidos de liminares acolhidos, no todo ou em parte, as normas dos legislativos estaduais com maior incidência de liminares concedidas (57%). Como os dados são consideráveis, o efeito liminar não pode ser desconsiderado na análise da judicialização.

Até aqui se analisaram os dados; cabe agora uma síntese das conclusões.

Um primeiro ponto a ser tratado é a dupla face da judicialização da política na experiência brasileira (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 44, 68). Para Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999), a judicialização é fortemente marcada pela presença de intérpretes estatais, como os governadores e procuradores, ao lado de intérpretes cujas atuações são consideradas indicadores clássicos da judicialização da política – associações civis e partidos políticos. Logo, “além de ser instrumento da defesa de minorias, sua origem constitucional clássica, [...] a [ADI] [...] é recurso institucional estratégico de governo” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 84). A primeira face, a das associações e partidos, aproxima a judicialização dos exemplos empíricos da literatura; na segunda, afasta-se deles, dada a singularidade de contar com as ações predominantemente

dos Executivos estaduais e das Procuradorias contra a representação parlamentar, em sua esmagadora maioria de âmbito estadual, em uma indicação de que não apenas a sociedade, mas também a própria federação se encontra desajustada da vontade do soberano e tem reclamado a presença de um *tertius* (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 68).

Devido à amplitude e à constitucionalização do Direito Administrativo, herança do Estado autoritário e regulador, altera-se o papel do STF: pela via dos fatos, ele incorpora entre suas funções a de um “conselho superior” da Administração Pública, responsável por racionalizar e homogeneizar a legislação das administrações públicas estaduais. Dessa forma, “as questões estaduais [...] que comparecem ao escrutínio do controle constitucional das leis se diferenciam neste sentido das controvérsias clássicas ao tema da federação, tal como se faz presente no contexto da Suprema Corte americana” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 66). O STF foi criado para exercer o mesmo papel dessa Corte: limitar a esfera de intervenção do Judiciário federal nos assuntos estaduais. Porém, além de ser uma

corte constitucional de tipo europeu devido ao exercício do controle abstrato das leis, o STF tem-se transformado em órgão superior da Administração Pública nacional, dada a provocação de atores estatais por meio de ADIs.

Em segundo lugar, a CRFB recusou o papel limitado de Constituição reguladora apenas do modo de formação da vontade coletiva, para – segundo a tradição republicana – incorporar um substancial programa de direitos, cuja eficácia deve ser perseguida pela sociedade e pelo Estado. A CRFB é programática, visa a um futuro em que direitos sociais já tenham sido constitucionalizados, e daí deriva a judicialização. Em outros termos, “a política de judicializar a fim de viabilizar o encontro entre a comunidade com seus propósitos, declarados [...] na Constituição” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 40). A constitucionalização dos direitos vincula o legislador ordinário e incumbe à sociedade exigir a aplicabilidade e a eficácia por meio dos novos instrumentos de acesso ao Judiciário: “a judicialização da política se apresenta, entre nós, como uma derivação da vontade do constituinte, ao mobilizar o *medium* do direito como recurso da sua engenharia a fim de tornar viável a sua concepção de Constituição como obra aberta” (Vianna, 2010, p. 99). Assim, a judicialização da política é um processo cujas raízes não estão no ativismo dos juízes, já que deriva da obra do legislador constituinte num primeiro momento e do legislador ordinário posteriormente: “para o constituinte, o judiciário deveria tornar-se uma arena de fato da democracia participativa, capilarmente aberta à sociedade, garantidora e via de concretização dos amplos direitos previstos” (Vianna, 2010, p. 102). No caráter programático e vinculador de direitos estabelecido pelo constituinte residem as potencialidades da judicialização da política e das relações sociais.

Se os termos da judicialização da política se expressam na obra do constituinte, a forma como opera – em relação a tempo, espaço, intensidade e áreas de políticas públicas – é potencializada por eventos históricos e conjunturas específicas. Primeiro, a crise do *welfare state*; o desmonte do seu regime administrativo foi acompanhado de desregulamentação dos direitos, desamparando e expondo coletividades às flutuações do mercado. Ao lado disso, observa-se a perda de representatividade de instituições cruciais à defesa e conquistas de direitos, como partidos, sindicatos e associações (Vianna, 2010, p. 96). Diante disso, resta “de pé a imensa malha judiciária que o regime do *welfare* instituíra, uma nova cultura entre os juízes que tinham sido antes mobilizados para a imersão na vida social sob a égide do *capitalismo organizado*” (Vianna, 2010, p. 96). Essa capilaridade judiciária, reforçada por uma malha legislativa que jurisdiciona a vida social, deve proteger os cidadãos diante da crise da representação política, sindical e associativa.

A vitória do “partido do mercado” e as reformas neoliberais postas em curso a partir dos anos 1990 comportaram não apenas a reordenação da sociedade para conferir primazia do privado sobre o público, mas foram também um experimento realizado mediante expediente legislativo e medidas provisórias, que erodiram as formas clássicas de controle parlamentar da lei. Por isso, a filosofia política afirmava que “a ideia de público devia dar lugar à de privado; a de nação, à de indivíduo; a do primado do direito, à de eficiência econômica”

(Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 49). Esse cenário não apenas favorece partidos e sindicatos como intérpretes da Constituição mas também induzem o “Poder Judiciário ao desempenho do papel de um *tertius* capaz de exercer funções de *checks and balances* no interior do sistema político, a fim de compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula [...] do presidencialismo de coalizão” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 51). Provocado pela sociedade civil – sindicatos, associações e partidos –, o Judiciário ganha dimensões políticas, e a judicialização da política torna-se recurso das minorias contra as maiorias parlamentares e suas reformas.

Por fim, a judicialização da política expressa a continuidade da representação funcional. Ela encontra terreno fértil na crise de representatividade das instituições tradicionais, como partidos, sindicatos e vida associativa: “o descrédito da representação política no rastro da hegemonia neoliberal trará consigo a emergência da representação funcional” (Vianna, 2010, p. 96). Tributária da tradição republicana, hoje a representação funcional caracteriza-se por um “continuar-descontinuando”. Como forma dominante na modernização conservadora de 1930, rompe em 1988 com a cultura autoritária e institui formas democráticas de sua operacionalização (Vianna, 2010, p. 98-100). Esse componente autoritário manifestava-se na associação entre representação funcional – sindicatos e Ministério Público – e Estado. A CRFB retirou a representação funcional das malhas do Estado. Por um lado, a CRFB mantém o Direito como referência ético-pedagógica; por outro, expurga o componente autoritário dessa tradição, que consistia na vinculação ao Executivo, e investe-a de autonomia (Vianna, 2010, p. 101)¹⁰. Verifica-se, então, uma inversão nesse circuito, em que “a sociedade não está vinculada ao Estado e à sua interpretação dos ideais civilizatórios, mas aos princípios e direitos fundamentais declarados pelos constituintes como expressão da vontade geral, passíveis de concretização por parte da cidadania via direito” (Vianna, 2010, p. 101). Ocorre, entretanto, uma mudança no centro de gravidade da representação funcional – do Estado para a sociedade –, a qual passa a ter poder e liberdade de mobilizar-se para defender direitos e valores definidos na CRFB: “no controle da constitucionalidade das leis [...] a representação funcional é admitida como parte legítima, elevadas à comunidade de intérpretes, dentre outros agentes políticos e sociais, as confederações sindicais” (Vianna, 2010, p. 101). A crise da representação política resulta da judicialização como representação funcional; diferentemente, os partidos estão investidos de meios institucionais para acionar o Judiciário e deflagram processos judiciais contra os Poderes Públicos, de modo que “a judicialização da política, entre nós, longe de enfraquecer o sistema de partidos, em especial os de esquerda e da oposição, tende a reforçá-lo, na medida em que propicia [...] uma conexão entre a democracia representativa e a participativa” (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999, p. 43). A representação funcional representa, pois, um reforço às formas tradicionais de representação.

¹⁰ Para interpretar a Constituição, os sindicatos têm legitimidade para manejar ação civil pública e mandado de segurança coletivo.

4 Judicialização da política como resultado das estratégias políticas

A concepção de judicialização da política como *resultado das estratégias políticas* pode ser atribuída a Matthew M. Taylor e Luciano Da Ros. No artigo “Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política” (Taylor; Da Ros, 2008), os autores analisam os padrões de judicialização, comparando os governos ideologicamente distintos de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). Na verdade, trespassa todos os estudos sobre judicialização, inclusive os referidos neste trabalho, a tese de que os partidos de oposição utilizam os tribunais, em especial o STF, como arena estratégica.

Porém, Taylor e Da Ros (2008) conferem ao estudo do tema uma abrangência e uma sofisticação metodológica e analítica que ninguém lhe havia dado; até então, o assunto fora apenas tangenciado nos estudos sobre judicialização. O objetivo da comparação dos padrões de judicialização nos dois governos foi “verificar se ocorreram mudanças ao longo do tempo e dos diferentes governos no acionamento do mais alto tribunal” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 826) para depois identificar as causas das alterações ou das semelhanças nos padrões de judicialização eventualmente observados. Os autores partem de um argumento com forte consenso na literatura, o de que a estrutura institucional influencia “os padrões de uso das cortes [...], levando à maior ou à menor contestação judicial da política [...] em uns casos do que em outros” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 827). Com base nisso, indagam: “se os diferentes arranjos institucionais permitem maior ou menor participação dos tribunais na arena política, como explicar que diferentes padrões de judicialização da política possam emergir de contextos institucionais praticamente idênticos?” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 829). Desse questionamento deriva outro: por que atores políticos e associativos se utilizam da arena judicial se de antemão sabem que são mínimas as chances de êxito?

As respostas a essas questões estão no uso estratégico dos tribunais por esses atores. Os políticos conformam suas táticas à estrutura institucional, dado que as instituições importam; por isso, podem ou não utilizar os tribunais como *veto points*. O uso dos tribunais pelos políticos de oposição “lhes [propicia] retardar ou impedir completamente a implementação de políticas públicas, ou desmerecê-las, ou ainda declarar sua oposição a elas” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 827). Assim, mesmo que sejam mínimas as chances de êxito na arena judicial ao contestarem políticas majoritárias, políticos podem obter benefícios ao recorrerem ao terreno judicial. Por atuarem assim, angariam atenção pública dada a visibilidade que os meios de comunicação costumam dispensar a tais ações. Essas estratégias não visam efetivamente aos resultados judiciais. Trata-se de estratégia que significa “derrotas judiciais e vitórias políticas” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 828). A hipótese é que a participação judicial na esfera política depende de provocação externa, embora o desenho institucional influencie e incentive tal participação. Os padrões de judicialização política podem ter como explicação as “diferenças quanto aos atores, mas [...] à saliência dos temas e ao contexto político em que se processou a dita judicialização, resultado contingente das

estratégias políticas adotadas nesses dois períodos” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 829). Dessa forma, com suporte na conjunção dos fatores relativos ao teor das políticas dos governos e das estratégias empreendidas pela oposição, é possível compreender os padrões de judicialização da política em cada período.

Na análise dos dados reunidos, agregando a legislação que sofreu alguma mudança do STF nos governos de Fernando Henrique Cardoso e de Luiz Inácio Lula da Silva, 20,1% (183) das ADIs atingiram o objetivo de produzir alguma mudança na legislação. Esse percentual eleva-se a 32,6% quando consideradas apenas as ADIs efetivamente julgadas. Algumas diferenças no padrão de judicialização nos dois governos são visíveis: i) a drástica queda no número absoluto de ADIs de um governo a outro, de 637 para 275 (60% a menos). Todos os intérpretes tiveram reduzidas as suas postulações no STF durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, exceto os sindicatos, embora grande parte deles sejam ligados ao PT, que não apresentou ADI alguma entre 2003 e 2010. E os partidos de oposição continuaram majoritariamente usando a arena judicial: “a ideologia não é o melhor indicador para prever a contestação das leis por [ADI], e a participação no governo explica quase integralmente essa dinâmica” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 834). Na maior parte das vezes, portanto, os partidos requerentes estão na oposição.

Quanto aos conteúdos das normas federais contestadas, a categorização dos tópicos em cinco outras áreas permitiu constatar considerável diferença relativa entre os governos: a) aumento relativo no tópico *Judiciário*; b) redução no tópico *funcionalismo público*; c) aumento relativo do assunto *regras eleitorais*; d) leve incremento relativo no tópico *agricultura*; e e) aumento nos tópicos *regulamentação social e políticas sociais*.

Baseados nessa categorização, os autores evidenciam semelhanças e diferenças nos padrões de judicialização da política nos dois governos. Há dois usos políticos da arena judicial em ambas as presidências. Um deles é a judicialização como estratégia de oposição, quando os tribunais são provocados com a intenção de declarar oposição: “[é] aquilo que denominamos judicialização como tática de oposição” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 838). Assim, nos mandatos de Fernando Henrique Cardoso, o PT, o PDT, o PSB e o Partido Comunista do Brasil (PC do B) estiveram entre os principais acionadores do STF contra leis e atos normativos do governo, ao passo que contra o governo de Luiz Inácio Lula da Silva os que mais utilizaram o recurso da ADI foram o Partido da Frente Liberal (PFL, depois Democratas, hoje União Brasil), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o Partido Popular Socialista (PPS, hoje Cidadania) e o PDT (Taylor; Da Ros, 2008, p. 840). O outro uso da judicialização é o que os autores denominam *judicialização como arbitragem de interesses em conflito* (Taylor; Da Ros, 2008, p. 840). Não constitui judicialização como forma de declarar oposição ou de desmerecer as políticas majoritárias, mas de conseguir regras e procedimentos benéficos a todos os atores políticos. Como exemplo pode-se mencionar o “caso da contestação judicial de regras que redistribuam poderes e atribuições entre diferentes entidades e instituições, como partidos políticos, entes federativos e diferentes instâncias do Poder Judiciário” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 840). Entre outros, são exemplos

dessas regras as emendas constitucionais das reformas da previdência nos dois governos, além das regras eleitorais e da emenda constitucional da reforma do Judiciário no governo de Luiz Inácio Lula da Silva.

Os autores chamam a atenção para três hipóteses explicativas das diferenças da judicialização da política entre o governo de Fernando Henrique Cardoso e o de Luiz Inácio Lula da Silva: acentuada judicialização naquele e recuo neste. Primeiro, a *mudança institucional*, com destaque para o disciplinamento da concessão de liminares pela Lei nº 9.868/1999, a qual dispõe que a concessão de liminares pelo STF em ADIs “seja realizada apenas pela maioria absoluta dos membros da corte em sessão com pelo menos oito ministros, salvo nos períodos de recesso” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 844). A lei visava cessar a prática de concessão liminar por decisão monocrática *ad referendum*, pois a finalidade era dar prioridade às decisões de mérito, as mais demoradas; dessa forma, evitava-se a intervenção do STF e as decisões contraditórias entre a liminar e a decisão de mérito. Conquanto seja plausível, essa hipótese não explica as diferenças nos padrões de judicialização. No uso estratégico da arena judicial pela oposição “não há uma preocupação efetiva em invalidar a lei na maioria dos casos, a maior ou menor chance na concessão de liminar não integra o cálculo dos opositoristas, sendo praticamente irrelevante nesse sentido” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 844). O uso estratégico da arena judicial objetivava declarar oposição às políticas majoritárias e, com isso, angariar atenção e visibilidade públicas.

A segunda hipótese é da judicialização como *estratégia opositorista*, que põe em foco as diferenças dos atores políticos nos dois governos. Trata-se de hipótese acolhida pelos autores, que a consideram mais robusta. O tipo de estratégia *judicial* efetiva está relacionada ao tipo efetivo de estratégia opositorista. Quando o PT estava na oposição, “a estratégia política mais ampla constituía-se de fazer oposição sistemática ao governo, incrementando ao máximo o custo e os riscos da atividade governativa, motivo pelo qual o uso das [ADIs] foi mais intenso” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 845). No caso da oposição ao governo de Luiz Inácio Lula da Silva, a cargo do PSDB e PFL-DEM, “a estratégia política mais ampla parece ter sido a de oposição seletiva, inclusive como anunciado em princípios do governo Lula pelos próprios partidos opositoristas” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 845). Isso se refletiu no uso da arena judicial, marcado por um recuo durante aquele período.

Por último, há a hipótese também plausível da *saliência das políticas públicas* decididas e implantadas nos dois governos, quando de um para o outro houve substanciais mudanças na saliência dessas políticas. Se no primeiro (1995-2002), “a política econômica e a reforma do Estado ocuparam a agenda [...], o que se refletiu nos temas abordados nas ações propostas, o mesmo não é inteiramente verdadeiro no período de 2003 em diante, quando as políticas distributivas ganharam destaque” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 846-847). Desse modo, o caráter menos controverso e mais consensual das políticas distributivas do governo de Luiz Inácio Lula da Silva, por apresentarem custos difusos, é explicação plausível para a drástica redução do recurso à arena judicial; e eliminou-se um dos principais nichos de judicialização da política posta em marcha pela esquerda. Em síntese: as políticas centrais do governo

de Luiz Inácio Lula da Silva não apresentaram controvérsias sensíveis, diferentemente das reformas estruturais do governo de Fernando Henrique Cardoso: “apenas a reforma da previdência [...], de dezembro de 2003, resguarda controvérsia semelhante à boa parte das políticas da gestão de Fernando Henrique” (Taylor; Da Ros, 2008, p. 847). Na ausência de políticas com teor altamente controverso, com altos custos impostos a determinados segmentos sociais, algumas reformas setoriais – como a do Judiciário, a regulamentação de armas de fogo e a de atividades agrícolas – foram levadas à arena judicial entre 2004 e 2010.

5 Judicialização da política como função qualificadora da representação política tradicional

A concepção de judicialização da política como função qualificadora (ressignificadora) da representação é atribuída a Thamy Pogrebinski, em cuja obra *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil* (Pogrebinski, 2011), estuda as ADIs, ADPFs e as ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) protocoladas e distribuídas no STF entre 1988 e 2009; ao todo, 4.574 ações contestavam normas do Legislativo federal. Pelo rigor metodológico, quantitativo e qualitativo com que estudou o universo de ações, foi atribuído a Pogrebinski o mérito de operar “a virada empírica” nos estudos da judicialização da política (Arantes, 2011). Seu objetivo foi refutar o que chamou de “falso silogismo da judicialização da política” propalado na literatura e nas mídias: o de que essa judicialização ocorreria na esteira da crise de representação, da má qualidade da legislação, do excesso de inconstitucionalidade e do vácuo normativo deixado pelo Legislativo. Para concluir que há judicialização, seria necessário observar: a) tanto o volume de ações quanto o resultado dos julgamentos do STF; b) como ele decide liminarmente e no mérito; c) se suas decisões sobre normas do Poder Legislativo limitam a vontade majoritária; e d) se há um vácuo normativo diante do qual ele é chamado a decidir. Em síntese, a autora parte de premissas que, com apoio na análise dos dados empíricos, chegam às conclusões abordadas a seguir.

Primeira: o STF não sofre de dificuldade contramajoritária. É inexpressivo o número de leis e atos normativos do Legislativo declarados inconstitucionais no todo ou em parte. Os dados desautorizam a afirmação de que houve judicialização da política para se vetar a vontade do legislador eleito por um Poder não eleito. De 1988 a 2009 foram apresentadas no STF 4.574 ações, entre ADIs, ADPFs e ADCs. As primeiras correspondem a 95% delas (4.347 normas), e desse total o STF julgou em decisão final 65,61% (2.982 normas). Do universo de ações, a autora restringe a pesquisa apenas às arguições de inconstitucionalidade de normas do Congresso Nacional. Dentre 4.574 ações, 18,74% têm por objeto a revisão abstrata de normas do Congresso (857). Excluídas as ADCs, em função de elas terem como peculiaridade a busca da constitucionalidade, já que a norma não padece de presunção de inconstitucionalidade, restariam 18,49% (841 normas) de ações com o objeto de impugnar normas do Poder Legislativo federal. Desse montante, 59,81% obtiveram decisão final (593) e 40,19% (338)

aguardavam julgamento final quando a pesquisa se encerrou. O estudo prioriza as decisões finais do STF, dado que elas têm “o condão de invalidar as leis e atos normativos declarados inconstitucionais, subtraindo-lhes tanto a eficácia como a validade” (Pogrebinschi, 2011, p. 28). Dentre as 503 ações impugnadoras de leis do Congresso Nacional que alcançaram a decisão final, houve as indeferidas preliminarmente e as que tiveram o mérito apreciado. De fato, 74,35% (374) das ações foram indeferidas preliminarmente, e foram acolhidas pelo STF apenas 25,65% (129) das ações que arguíam a inconstitucionalidade de normas. Dentre estas, 12,33% (62) foram julgadas improcedentes; 6,96% (34), procedentes; e 6,36 (32), procedentes em parte – todas com decisão final. Ao se agregarem os indeferimentos às improcedências, chega-se à conclusão de que 86,68% das decisões do STF são de indeferimento de pedidos. Em sentido contrário, verifica-se que em 21 anos apenas 13,32% (67) das ações lograram êxito na impugnação de normas do Congresso. Ao infundir maior rigor na análise qualitativa, a autora conclui que as normas julgadas inconstitucionais não o foram na íntegra. Como os pedidos são variáveis, “de forma análoga, as decisões do STF variam na extensão com a qual atendem aos pedidos formulados nas ações” (Pogrebinschi, 2011, p. 39). Há decisões que declaram inconstitucionais normas por inteiro; outras, somente de dispositivos. O STF em apenas 7,46% das decisões (5) declarou a inconstitucionalidade das normas na íntegra; o restante foi de procedentes em parte ou apenas de dispositivos declarados inconstitucionais. Com efeito, o STF não sofre de dificuldade contramajoritária, pois suas decisões – em mais de 90% das vezes – são de confirmação da constitucionalidade das normas oriundas da vontade majoritária expressa no Congresso Nacional: “o STF se abstém de ‘judicializar a política’, confirmando as normas emanadas pelo Poder Legislativo e preservando a expressão da vontade majoritária no lugar à qual originalmente pertence” (Pogrebinschi, 2011, p. 37). Nota-se maior rigor do STF no acatamento dos pedidos de arguição de inconstitucionalidade de normas originadas no Congresso Nacional; por isso, o elevado percentual de decisões finais na rubrica *indeferimento* “deve ser considerado também um forte sinal da deferência que o STF faz ao Poder Legislativo” (Pogrebinschi, 2011, p. 37). Por sua vez, quando julga procedentes pedidos de arguição de inconstitucionalidade, age com reserva; na maioria das vezes, furta-se de declarar inconstitucionais normas do Congresso Nacional na íntegra, limitando-se a dispositivos pontuais. Desse modo, “o STF atua como copartícipe da manifestação e consolidação da vontade majoritária expressa no Congresso nacional” (Pogrebinschi, 2011, p. 145). O STF atua como reforço da vontade majoritária.

Segunda conclusão: a atuação do STF não ocorre em função de um vácuo normativo deixado pelo Legislativo. Não há vácuo normativo deixado pelo Congresso Nacional que incentive e justifique o ativismo judicial. Para testar a hipótese, foram identificadas todas as iniciativas legislativas sobre os temas específicos, objeto de decisão final de inconstitucionalidade, tramitadas entre 1988 e 2009: “foram classificados os projetos e todas as normas que antecederam às decisões do STF” (Pogrebinschi, 2011, p. 121). No total foram identificados e classificados 564 projetos normativos (PL e PEC) e 125 normas (LC, LO e EC) com os mesmos conteúdos das normas impugnadas. Ao menos 125 desses projetos

transformaram-se em leis antes da primeira decisão do STF sobre inconstitucionalidade. Com base nessa classificação, depreende-se que pelo menos 11,75 projetos tramitavam quando o STF decidiu pela inconstitucionalidade de alguma norma do Congresso Nacional. Isso quer dizer que é de 14,35 a média de projetos em tramitação para cada arguição final de inconstitucionalidade do STF, de modo que “em face desses números não se pode, definitivamente, conferir validade à tese de que o STF age diante um vácuo legislativo, tampouco que preenche lacunas deixadas por um Congresso inoperante” (Pogrebinschi, 2011, p. 123). Pelo contrário: os dados evidenciam que é intensa a atividade legiferante do Congresso Nacional e que, havendo intervenção judicial para sanar vícios na legislação, ele age imediatamente, antecipando-se mediante novos consensos majoritários em torno das normas dos mesmos conteúdos legais, objeto de declaração de inconstitucionalidade. Ademais, em 83,6 dos casos, os vícios de inconstitucionalidades são materiais, não formais: não são “vícios no processo legislativo ou a procedimento de formação da vontade majoritária, e sim de conteúdo, que o STF julga não [...] em conformidade com a Constituição” (Pogrebinschi, 2011, p. 124). Em vez do vácuo legislativo, observa-se a criação de incentivos para que o Congresso Nacional legisle sobre certos temas em determinados momentos.

Terceira: a atuação do STF não enfraquece o Poder Legislativo sobrestando-lhe a vontade majoritária. Ele não enfraquece a atividade legislativa do Congresso Nacional, mas “a fortalece ao oferecer incentivos para que legisle sobre determinados temas e o faça em determinados momentos” (Pogrebinschi, 2011, p. 120). A análise da atividade legislativa posterior às decisões do STF evidencia que ao menos 329 projetos com os mesmos conteúdos das normas impugnadas tramitaram no Congresso Nacional após as declarações de inconstitucionalidade – uma média de 6,85 por decisão impugnada. Dentre esses projetos, não menos que 62 converteram-se em leis. O tempo decorrido entre a impugnação e a apresentação do projeto é de 24 meses (79,1% dos casos) em média e mais tempo igual a este para converter projetos em leis do mesmo conteúdo das normas impugnadas (em 77,42% dos casos).

Quarta: o STF não atua de forma favorável ou desfavorável a nenhuma coalizão de governo ao longo do período. As 67 ADIs e ADPFs, com decisão final pelos governos assim se distribuem: 6 (6,6%) no governo de Fernando Collor de Mello, 6 (6,9%) no de Itamar Franco, 27% (18) no de Fernando Henrique Cardoso e 55% (36) no de Luiz Inácio Lula da Silva. À primeira vista, nota-se um incremento de decisões finais declaratórias de inconstitucionalidade durante os mandatos do último. Isso poderia ser interpretado como tendência de maior ativismo do STF nesses governos; no entanto, a análise qualitativa desfaz a impressão. Houve um pico de julgamento de ADIs de cunho partidário-eleitoral em 2006. Foram ADIs que contavam com a adesão de partidos da coalizão do presidente petista; a curva ascendente em 2006 não mais se verifica nos anos seguintes. Isso, pois, não indica uma “disposição maior do STF de impugnar a legislação emanada pelo Congresso [...] durante aquele período e, valendo-se [...] de algum tipo de ativismo político, interpor obstáculos à coalizão com a qual Lula governava” (Pogrebinschi, 2011, p. 79). No padrão decisório, existe simetria entre

decisões procedentes e decisões improcedentes no período; disso se depreende que o STF não julga conforme a ideologia do governo (talvez porque haja continuidade entre todos eles; e, “se não há de se falar em ativismo que sustente a tal judicialização da política, ele definitivamente também não é partidário” (Pogrebinschi, 2011, p. 82).

Por fim, a quinta conclusão: dentre as 67 decisões finais com alguma inconstitucionalidade, 64% (43) foram propostas pela sociedade civil e 36% (24), pelo Estado. Ao que parece, o STF tende a responder com maior presteza às demandas da sociedade civil. Os partidos sempre foram os primeiros em propositura de ADIs; no entanto, estão em terceiro lugar quanto ao êxito, atrás das associações e entidades civis. Dentre as 168 ações propostas por eles apenas 8,3% lograram êxito (14). Dessa maneira, por mais que se afirme que as ADIs constituam reforço da representação dos partidos, “sua capacidade de reverter decisões tomadas pelo Parlamento é bastante limitada” (Pogrebinschi, 2011, p. 82). A situação é agravada ainda pelo fato de que muitas ações exitosas dos partidos se deram quando tinham passado de oposição a governo – 4 das 14 ações. Dessa forma, o uso da ADI como estratégia de oposição é menos efetivo do que faz crer a literatura, pois o volume das ADIs que logra êxito é muito baixo. Além disso, a decisão final de inconstitucionalidade, não raro, é dada quando o partido já inverteu a posição. Os partidos de oposição fazem uso da arena judicial três vezes mais que os governistas; no entanto, constata-se que “o STF não demonstra um padrão de decisões que possa ser considerado político no sentido de favorecer mais ou menos partidos de oposição ou partidos de governo” (Pogrebinschi, 2011, p. 82). As decisões do STF contemplam similarmente ambos os lados.

Com base nas proposições testadas, conclui-se que o silogismo da judicialização fortalece a representação política ao invés de enfraquecê-la. A autora passa, então, da análise empírica à argumentação normativa, para ressignificar a representação com o propósito de reconhecer as cortes constitucionais como instituições representativas. Operando com os conceitos de *delegação*, *legitimidade* e *accountability*, propõe o reconhecimento dos tribunais constitucionais como instituições representativas. Essa operação teórica necessariamente passa pela reconceituação da *democracia representativa*, “a fim de converter seus supostos vícios em fontes renovadas de virtude e fazer de suas eventuais fraquezas a fonte de renovação de suas forças” (Pogrebinschi, 2011, p. 82). Isso se fará com base em alguns argumentos.

Primeiro: a ideia de delegação está no centro do conceito e das práticas representativas. Todavia, a teoria democrática pouco avançou na noção de *representação como autorização* (agir pelo outro); isso se deve à ausência de diálogo com os estudos empíricos de Ciência Política sobre *delegação*, que desenvolveu “uma sólida teoria da delegação centrada em modelos que explicam a relação entre principal e agente em momentos pré e pós-eleitorais (delegação do eleitor ao representante) e em espaços intra e interinstitucionais (delegação do Executivo ao Legislativo, e vice-versa)” (Pogrebinschi, 2011, p. 82).

Reconhecido isso e estabelecendo esse diálogo, é possível a revisão semântica do conceito de *representação*. Revigorando o conceito de *delegação*, amplia-se o de *representação*

política, permitindo que se transcenda “o momento eleitoral e o espaço das instituições políticas tradicionais, aproximando-se de uma concepção de governança que perpassa os limites dos mandatos eletivos e alcance instituições não majoritárias, como as cortes constitucionais” (Pogrebinschi, 2011, p. 168). Com isso, rompe-se a noção de representação como autorização, “estendendo-se o liame representacional por meio de uma delegação originária de fontes tão diversificadas quanto o eleitor, a Constituição, o Executivo ou o próprio Legislativo” (Pogrebinschi, 2011, p. 168).

Segundo: historicamente, *governo representativo* e *democracia* não tinham o mesmo conteúdo semântico. A crise da democracia é, no fundo, a incompreensão de que o governo representativo tomou outra forma. Também não há crise de representação política: mesmo que se possa considerar a *representação* um conceito em crise, trata-se de “um conceito que nasce cercado por paradoxos e contradições, os quais responderiam por sua permanente e irrefutável instabilidade” (Pogrebinschi, 2011, p. 170). Evidencia-se essa instabilidade nos limites das eleições para gerar *accountability*. Desse modo, conceber tais conceitos como falíveis e revisáveis é o que poderá tornar a democracia mais *accountable*. A revisão de conceitos tem na igualdade política um ponto central. O debate centra no alargamento deste para contemplar minorias, com ênfase em grupos que compartilham identidades culturais que permitam a *representação justa* ou *política da presença*. Assim, “dessa convicção resulta a defesa de mecanismos institucionais que garantam a presença que tornaria justa a representação” (Pogrebinschi, 2011, p. 171).

Terceiro: uma vez que a expansão das cortes constitucionais é um dado irreversível, é preciso compreender o fenômeno para nele intervir. Tal expansão é uma oportunidade de se tentar um experimentalismo. Deve-se concebê-las não como limitação, mas como ampliação da representação, mesmo que inaplicável o dispositivo eleitoral gerador de *legitimidade* e *accountability*. A esse respeito, cabe a interrogação: se as cortes constitucionais podem e devem ser concebidas como instâncias representativas, como se devem enfrentar as questões da *legitimidade* e da *accountability*? Para responder a essa interrogação, deve-se fazer outra: o que é necessário para se considerar uma instituição ou ator político representativo? Na óptica do pragmatismo filosófico, a resposta somente pode ser conhecida ao observar a experiência. Assim, “um conceito é, em ato, o que ele é no futuro, ou seja, seu significado apenas pode ser conhecido através de suas consequências práticas” (Pogrebinschi, 2011, p. 171). São as consequências de sua aplicação concreta, seus efeitos práticos e reais, que determinam se uma instituição é representativa ou não. Logo, “o que permite considerar uma instituição ou ator político como representativo é justamente o caráter representativo das consequências engendradas por determinada atividade política” (Pogrebinschi, 2011, p. 176). Por conseguinte, uma teoria pode ser desmentida pela observação de suas práticas. Uma instituição torna-se representativa na medida em que “o compartilhamento das consequências políticas de determinada atividade [...] e sua correspondência às demandas presentes na sociedade” (Pogrebinschi, 2011, p. 176). O caráter *erga omnes* das decisões das cortes constitucionais no controle abstrato de constitucionalidade transforma-as em instâncias

de representação porque há o compartilhamento de consequências da atividade judicial. A condição de legislador negativo em si já realça o papel político das cortes constitucionais.

Quarto: dois argumentos levantam questões de validade e legitimidade em relação à concepção das cortes constitucionais como instâncias de representação, tornando-se necessário promover a delegação política proveniente diretamente do Estado e da Constituição e os “meios de controle tanto dos principais quanto dos agentes dessa delegação” (Pogrebinschi, 2011, p. 177).

Além desses argumentos, devem-se considerar os mecanismos de revogação de delegação que operem o controle tanto dos principais quanto dos agentes e as formas de legitimação da delegação que suplementem a ausência do dispositivo eleitoral. Por fim, com esteio numa concepção consequencialista, oriunda do pragmatismo, devem-se pensar formas de aferição de *accountability*, *validação* e *legitimação* diferentes das propiciadas pelas eleições. O consequencialismo desloca a validade e a legitimação da democracia de um plano *ex ante* para um plano *ex post*. Desse modo, “os procedimentos, regras e valores a partir dos quais usualmente se mensura a democracia cedem lugar aos efeitos e consequências percebidas no plano concreto” (Pogrebinschi, 2011, p. 181). Os parâmetros de avaliação, justificação e legitimação da democracia e de suas instituições devem pautar-se pela *desejabilidade* e *aceitabilidade* das consequências das suas atividades no plano concreto. As instituições contramajoritárias não eleitas têm seu caráter representativo desejável, validado e aceitável na medida em que a observação das suas atividades se desloca de um plano apriorístico, normativo e principiológico, para um plano consequencialista, *ex post*, às ações e atividades realizadas.

6 Reflexões sobre a judicialização da política: diálogo crítico com as interpretações da literatura

Esta seção tem o objetivo de apontar as convergências e as divergências entre as vertentes dos estudos sobre a judicialização da política no Brasil, bem como considerar criticamente premissas e conclusões tidas como problemáticas. Como se viu na primeira seção, no Brasil é satisfeita a quase totalidade das condições jurídicas e político-institucionais incentivadoras da judicialização da política formuladas normativamente pela literatura estrangeira, exceto a inefetividade das instituições majoritárias na definição da vontade da maioria; por isso, não se retomará essa análise aqui.

Por ser o último estudo empírico de fôlego, rigoroso no exame e na contestação de teses que levantam premissas e chegam a muitas conclusões – algumas plausíveis, outras bem problemáticas –, tomar-se-á a pesquisa de Pogrebinschi (2011) como parâmetro para um diálogo crítico com as vertentes da literatura empírica sobre a judicialização da política no Brasil.

Uma das divergências diz respeito à contraposição da autora às interpretações de que o STF exerça função contramajoritária. Para Pogrebinschi (2011), na experiência prática, longe de exercer essa função, o STF tende a preservar e aperfeiçoar a atividade legislativa do Congresso Nacional. Embora seus dados sejam os mais amplos e analisados com rigor (sem igual até então), parecem possíveis alguns questionamentos.

Primeiro: a defesa das minorias não tem amparo apenas nas ADIs, ADPFs e ADCs. Há outros instrumentos constitucionais destinados a dar eficácia e proteção aos direitos coletivos e das minorias – como o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública, a ação popular etc. –, que podem chegar ao STF em recurso extraordinário, originado da denegação desses instrumentos nas instâncias inferiores, inclusive quanto à arguição de inconstitucionalidade na forma do controle difuso; a exceção é o mandado de injunção, uma ação constitucional de competência do STF. Esses instrumentos processuais, ao lado da ADI, ADO, ADPF e ADC, são meios constitucionais postos a serviço de cidadãos, coletividades e empresas para controlar a legalidade de agentes públicos cujas medidas afrontem a CRFB (Meirelles, 2008)¹¹. Portanto, por mais amplos que sejam, os dados da autora deixaram de fora informações relativas ao exercício da função contramajoritária do STF. Também foram excluídas as ADIs da parte dos legitimados, com destaque para as dos governadores e procuradores. Como evidenciou a análise de Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999) e de Vianna, Burgos e Salles (2007), a judicialização da política no Brasil tem *dupla face*. Ao lado do indicativo clássico da judicialização, realizado pelos partidos e associações (sindicais e profissionais) – cujos objetos de arguições foram leis e atos normativos do Congresso Nacional, privilegiados nos estudos de Pogrebinschi, Arantes e Taylor e Da Ross –, ocorre uma judicialização mais robusta, com sérias implicações: o comparecimento das questões estaduais em forma distinta das questões clássicas da federação. Na esteira da constitucionalização do Direito Administrativo, a judicialização que nasce dessas questões aponta para a recentralização da federação, surpreendentemente por obra dos Poderes Executivos estaduais contra os Poderes Legislativos locais. Esse movimento sinaliza para o processo de *sístoles* e *diástoles* que tem caracterizado a *path dependence* do federalismo no Brasil (Kugelmas; Sola, 1999, p. 63). Nesse sentido, os mandatos de Fernando Henrique Cardoso notabilizam-se pelo reenquadramento da federação, fortalecida durante a transição (Abrucio, 2002, p. 102): “se a partilha tributária se realizara em um momento de notável fraqueza do poder central, seria a capacidade regulatória no campo macroeconômico do governo federal, reforçada pelo êxito do Plano Real, que daria os traços definidores da nova etapa” (Kugelmas; Sola, 1999, p. 71). A marca distintiva dessa etapa é que o impulso recentralizador da federação ocorre num regime democrático e, para isso, o papel do STF é essencial, pois exerce a ação racionalizante da produção normativa dos Poderes Legislativos locais quando aprecia as ADIs de governadores e procuradores.

¹¹ Para uma análise do assunto, ver Meirelles (2008, p. 25-26, 126-127, 160-162, 259-262).

Segundo: há que se objetar que a deferência e parcimônia com que o STF aprecia a constitucionalidade de leis originadas no Congresso Nacional desconhece o que ocorre nas Comissões de Constituição e Justiça (CCJs). Embora a CRFB nada disponha sobre isso, ao lado do controle repressivo há o controle preventivo exercido por comissões nas duas Casas do Congresso (Marinoni, 2015, p. 931). Por isso, o controle preventivo realiza-se *ex ante*, como forma de adequar a lei à Constituição, distintamente do controle repressivo, realizado *ex post* pelo STF na forma do controle concentrado e por todo o Judiciário na forma de controle difuso. Desse modo, pode-se aventar a hipótese de que a parcimônia e deferência do STF para com a vontade majoritária revela tão somente um Congresso Nacional cioso do respeito à Constituição, ao analisar com rigor a adequação das suas leis e atos aos seus ditames. Portanto, deve-se cotejar o controle de constitucionalidade do STF com o controle realizado nas CCJs, tarefa que demanda análises quantitativa e qualitativa rigorosas, o que ainda não foi feito.

Terceiro: na interpretação de Pogrebinschi (2011), o conceito de *judicialização da política* limita-se àquele em que o STF sustaria a vontade majoritária do Congresso Nacional ao declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Ora, nos estudos empíricos a interpretação unânime é que essa chave da judicialização da política é limitada e pontual. Para Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999, p. 53), “as conclusões não se afastam muito [...] das que assinalam uma resistência do Poder Judiciário dos papéis que o arrostem a se tornar um personagem central no processo de judicialização da política”¹². Por isso, a chave da judicialização da política realçada nos estudos empíricos notabilizou-se pelo uso estratégico e tático de partidos, associações e atores legitimados ao exercerem o controle constitucional. Ao se desprezar essa dimensão, como o fez Pogrebinschi (2011), perde-se muito da compreensão do fenômeno.

O acionamento do STF pelos atores legitimados, incluindo partidos e associações, mostrou-se constante, a despeito da parcimônia e da deferência do STF para com as decisões do poder majoritário. Parece mais que plausível a transformação do STF em arena política na defesa das minorias por partidos e atores autorizados a exercer o controle de constitucionalidade (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999; Vianna; Burgos; Salles, 2007; Taylor; Da Ross, 2008). Por outro lado, parece inapropriada a exclusão das decisões liminares no estudo de Pogrebinschi (2011), dado que se apresentaram em percentuais consideráveis os pedidos liminares acolhidos pelo STF (Vianna; Burgos; Salles, 2007; Taylor; Da Ross, 2008). Mais que isso: as liminares deferidas reforçam a interpretação do uso do STF como arena política destinada a desmerecer, adiar ou suspender as políticas majoritárias, além de dar visibilidade às minorias parlamentares. Podem-se arrolar em reforço a essa hipótese as assertivas de Garapon (1996), para quem o espaço ocupado pelos tribunais se deve menos ao exercício efetivo do papel que lhes cabe e mais à sua importância simbólica, expressa na possibilidade de intervenção. Por conseguinte, “a justiça [...] forneceu à democracia seu

¹² Arantes (1997, p. 197-199) e Teixeira (2001, p. 154-156) chegaram à mesma conclusão.

novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumento, etc.” (Garapon, 1996, p. 42). Nos métodos da justiça é que se reconhece, com mais facilidade, as ações coletivas. É provável que este “facto se deva a uma instância neutra e imparcial, à transparência e à regularidade processual que parecem ter atualmente mais legitimidade do que o exercício de uma vontade política” (Garapon, 1996, p. 42). Esse papel é reforçado pela visibilidade que as mídias dispensam à atuação dos tribunais, em especial as cortes supremas.

Acresce-se a essas assertivas a forma como opera o presidencialismo de coalizão, caracterizado por coalizões fortes em que, mediante medidas provisórias, são alijadas do processo legislativo as minorias parlamentares, o que induz ao apelo à arena judicial (Vianna; Carvalho; Melo; Burgos, 1999; Figueiredo; Limongi, 2003). Em termos de institucionalização e sedimentação social, a fragilidade dos partidos na arena eleitoral se junta ao sistema eleitoral de representação com lista aberta e grandes circunscrições eleitorais (Mainwaring, 2001, p. 302). Essa situação leva à ausência de *constituency* do representante, o que atua como forte incentivo para que parlamentares busquem na Presidência da República a *conexão eleitoral* capaz de gerar a *constituency* eleitoral de que precisam para se apresentarem ao eleitorado de forma clara quanto às suas posições político-ideológicas (Santos, 2003). Desse modo, “o presidente assume importância crucial, pois nele residem as respostas às dúvidas de deputados em busca de *constituency* e de *accountability*” (Santos, 2003, p. 45). Devido à grande visibilidade – potencializada pelas eleições –, aos recursos de patronagem e aos poderes legislativos e de agenda que o presidente da República detém, “a posição dos deputados em relação às políticas propostas e realizadas pelo Executivo é fonte essencial de sinalização para sua base eleitoral ‘virtual’” (Santos, 2003, p. 45). Único representante com *constituency* bem definida e de amplitude nacional, o presidente da República concentra grandes expectativas e torna-se o intermediário da representação parlamentar perante os eleitores, possibilitando a *constituency* e a *accountability* do sistema partidário-parlamentar.

Dito isso, é crível a hipótese de que sua posição seja uma via de mão dupla: diante das incertezas das escolhas, nos termos de Downs (1999, p. 133-134), o presidente da República torna-se um atalho informacional tanto para os partidos-parlamentares de sua coalização, que marcam suas diferenças e posições, quanto para os partidos-parlamentares de oposição, que afirmam objeções às suas políticas. Assim, o apelo à arena judicial torna-se uma oportunidade ímpar para desmerecer, protelar e sustar as decisões majoritárias, ou apenas para buscar visibilidade e demarcar posição. É uma relação de causa-efeito facilmente perceptível.

A judicialização da política como estratégia oposicionista – ressaltada em todos os estudos e apenas tangenciada por Pogrebinschi (2011) – encontra outras explicações plausíveis. A tramitação da reforma do Judiciário (1992 e 2004) transformou-se na reforma da própria jurisdição constitucional; trouxe para o âmago do debate a centralização do controle constitucional. Nos sucessivos relatórios apresentados no Congresso Nacional, o

governo de Fernando Henrique Cardoso insistiu nas propostas de centralização de *judicial review*, reforçando a via concentrada de controle por meio de institutos como a súmula de efeito vinculante e a arguição de relevância ou repercussão geral. Essa trajetória iniciou-se com a adoção da ADC em 1993, com efeitos *erga omnes* dos seus julgados (Arantes, 2001, p. 49). Quando a oposição de esquerda capitaneada pelo PT se tornou governo em 2004, a reforma do Judiciário foi retomada com prioridade, e surpreendentemente abandonou-se o discurso de valorização de um Judiciário pulverizado. O secretário de reforma do Judiciário Sérgio Renault justificaria: a reforma do Judiciário “não tem paternidade definida, não tem autores. Nasceu de um contexto social e político de revisão das instituições públicas [...] e foi aprovada num contexto de reformas definidas como prioritárias pelo governo federal eleito em 2002” (Renault; Bottini, 2005, p. 5). Sem dúvida, ela tem paternidade: na reforma realizada no governo de Fernando Henrique Cardoso, muito pouco restou da proposta inicial apresentada em 1992 por Hélio Bicudo (PT-SP). Na verdade, “pode-se dizer que as versões posteriores da PEC 96/92 foram balizadas muito mais pelas linhas gerais adotadas no projeto Nelson Jobim do que pelas da proposta original” (Arantes; Sadek, 2001, p. 9)¹³. De fato, a explicação mais admissível para a mudança de posição da esquerda é de cunho pragmático: ela, que antes via no Judiciário pulverizado um modelo híbrido de controle constitucional, dada a oportunidade de desmerecer, adiar ou sustar as decisões do governo, passou a não mais ver vantagens nesse modelo, à medida que foi assumindo o exercício da governabilidade. Dessa forma, em todos os governos os partidos de oposição são os que mais recorrem ao STF contra as decisões majoritárias mediante ADIs. Apesar da permanência dos incentivos institucionais à judicialização, a oposição de esquerda, sobretudo o PT, deixou de apelar à arena judicial após 2003.

Quarto: a interpretação da judicialização como forma de representação política foi pioneiramente concebida e desenvolvida no Brasil por Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999) e Vianna, Burgos e Salles (2007). Em linhas gerais, afirmam os autores que o constituinte, ao incluir entre os atores autorizados a exercer o controle de constitucionalidade partidos políticos e associações – profissionais e trabalhistas –, atualizou e renovou a tradição republicana da representação funcional a fim de imprimir aspectos democráticos, ausentes em sua origem. Dessa forma, a CRFB “expurgou os elementos autoritários presentes naquela tradição, afirmou os princípios e as instituições do liberalismo político, fixando com força os direitos civis da cidadania, concedeu configuração institucional à democracia política” (Vianna; Burgos; Salles, 2007, p. 42). Pogrebinschi (2011) reafirma a condição representativa da judicialização da política, mas rechaça a concepção de caráter funcional. Em argumentação normativa de inspiração pragmática, propôs-se ressignificar o conceito de representação a fim de reconhecer o caráter representativo das cortes constitucionais, abertas às minorias, com ênfase em grupos que compartilham identidades culturais, o que

¹³ A reforma foi influenciada ainda pelas obras de Mauro Cappelletti e Gilmar Mendes. Ver Cappelletti (1999, p. 65-100) e Mendes (2009, p. 316-364).

permite a representação justa ou política da presença. Não há objeções sérias à ampliação da comunidade de controle, sobretudo porque se operou no controle de constitucionalidade uma convergência dos modelos da *common law* e da *civil law* pela via do sistema de precedentes, que limitou os efeitos deletérios do sistema difuso-incidental.

Ao aceitar a judicialização da política como representação, mas refutar a interpretação do seu caráter funcional sem definir como se operaria concretamente a representação do STF como instância representativa distinta, Pogrebinski (2011) abre um flanco de objeções contra suas ideias. Primeiro: surgem duas objeções se se empreender a crítica utilizando os mesmos termos teórico-epistemológicos do pragmatismo consequencialista da autora. Se o que permite aferir a representatividade de uma instituição ou ator não são seus princípios normativos declarados, mas as consequências de suas atividades, é contraditório definir de antemão o que seja uma instituição representativa, negando a existência da funcional. Se o STF realiza uma forma de representação – e não há dúvida de que a realiza –, mesmo que aferida mediante o consequencialismo, que definição se deve dar a esse tipo de representação? Tradição eleitoral não pode ser, porque falta *constituency* eleitoral (por exemplo, base eleitoral). Segundo: revela um *insight* fecundo em sua chave de interpretação da *delegação de poder*, baseada na *teoria do principal agente*, a legitimar e justificar o caráter representativo de cortes constitucionais. Os Estados democráticos apresentam-se como *redes de delegações*, cujas modalidades, duração e formas de *accountability* são as mais diversas. É plausível supor que as cortes constitucionais sejam instituições representativas cujas formas de delegação provêm de fontes originárias, tais como o Estado e a Constituição.

Todavia, o argumento da autora é problemático na chave da *accountability*. Propõe a instituição de mecanismos de revocabilidade de delegação (*recall*). Trata-se de instituto problemático, rechaçado na era das revoluções devido a seu caráter gerador de instabilidade e autoritarismo. Isso se torna mais agudo quando se trata de juízes, que devem contar com garantias para decidir com autonomia e liberdade¹⁴. Assim, nos próprios termos teórico-epistemológicos da proposta normativa da autora, não sendo a revocabilidade de delegação ideia nova, é possível, em chave pragmática, aferir as consequências das atividades do instituto¹⁵. A dificuldade que se apresenta na revocabilidade de delegação reside num problema básico: a ausência de *constituency* eleitoral bem definida. Isso não existe mesmo na forma da representação partidário-eleitoral. Em outros termos, o problema não reside na ausência de *accountability*, mas na ausência de *constituency*. Obviamente, é *accountable* apenas quem conhece sua *constituency*. Diante disso, instituídas formas de revocabilidade, é mais provável que delegados-representantes sejam chamados de volta por públicos-eleitores de cuja delegação não participaram. Será fácil para um nicho eleitoral

¹⁴ As garantias da magistratura foram formuladas por Alexander Hamilton; ver Madison, Hamilton e Jay (1993, n. 78, p. 479-480, n. 79, p. 485-486).

¹⁵ Para a emergência da representação virtual contra a localista, ver Bailyn (2003, p. 158-174).

ostentando ferrenha intolerância valer-se desse instituto para retirar do poder aqueles delegados, representantes indesejáveis. E a história está repleta de exemplos.

Quinto: a autora aventava a ideia de delegação direta da Constituição na transformação de cortes de Constituição em instituições representativas, mas não desenvolve o assunto. Há alguns *insights* de Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999) e Vianna (2010) sobre as causas da judicialização da política que, se desenvolvidas e realizadas as devidas conexões, poderão lançar luzes sobre o assunto. Trata-se da constitucionalização dos direitos e da vinculação do legislador ordinário à incumbência de atribuir-lhes eficácia com os novos instrumentos de acesso ao Judiciário. Dessa forma, juízes detêm uma delegação da Constituição para dar eficácia a tais direitos. A CRFB não ficou limitada ao papel de regular a formação da vontade geral; ela assumiu um programa substantivo de direitos que incumbe a todos os agentes do Estado – desde os que detêm delegação eletiva, como os políticos, até os que detêm delegação direta da Constituição, como os juízes – dar-lhes eficácia. Embora os ministros do STF recebam delegação num processo político, as garantias da magistratura (independência, autonomia, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) vinculam diretamente à CRFB essa delegação.

Contudo, uma objeção frequente quanto a essa forma de delegação diz respeito à *accountability*. Se a revocabilidade de delegação não se apresenta como a mais indicada, o que se poderia propor em substituição? Uma primeira resposta à questão deve ressaltar o caráter vinculatório das normas programáticas da Constituição. No caráter programático e vinculador dos direitos instituído pelo constituinte reside uma forma eficaz de *accountability* de juízes. A afirmação de que “a judicialização da política se apresenta, entre nós, como uma derivação da vontade do constituinte, ao mobilizar o *medium* do direito como recurso da sua engenharia a fim de tornar viável a sua concepção de Constituição como obra aberta” (Vianna, 2010, p. 99) evidencia que o juiz está limitado a orientar suas decisões por essa teleologia que serve a dois propósitos: *eficácia social* e *accountability* da delegação. O caráter vinculante das normas programáticas constitucionais encontra no princípio da motivação elemento de aderência essencial à *accountability* das decisões judiciais. O princípio da motivação, assevera Mello (2005, p. 100), impõe ao agente público, judicial ou administrativo, o dever de justificar suas decisões com “os fundamentos de direito e de fato, assim como as correlações lógicas entre os eventos e as situações que deu por providência tomada [...], para aferir-se a consonância da conduta com a lei que lhes serviu de arrimo”. Sem a orientação vinculatória do *princípio da motivação* não seria possível aferir de maneira segura o “contrate eficaz das condutas [...] com os princípios da legalidade [...], da razoabilidade e da proporcionalidade” (Mello, 2005, p. 101).

Por último, nas condições explicitadas, a interpretação do Direito com maior capacidade de gerar *accountability*, se comparada à interpretação pragmática, é a do *Direito como integridade*, formulada por Dworkin (1999). O pragmatismo exige que o juiz oriente suas decisões de modo instrumental, pressupondo “que esta prática servirá melhor à comunidade [...] do que qualquer outro programa alternativo que exija coerência com decisões

já tomadas por outros juízes ou pela legislatura” (Dworkin, 1999, p. 186). Disso decorre que, na interpretação pragmática, a autonomia do Direito “deriva do imperativo de que o juiz produza interpretações próprias de quais são as necessidades sociais e humanas no momento” (Eisenberg, 2002, p. 50) – o que leva à afirmação de que na chave pragmática o juiz tem poder discricionário para decidir, o que redundava em menor *accountability*¹⁶. Por sua vez, na interpretação do direito como integridade “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal” (Dworkin, 1999, p. 272). O efeito disso é que as fontes de autonomia do Direito residem na integridade e na coerência que vinculam à interpretação; na obediência à integridade e coerência reside o fator de *accountability* dos juízes investidos de delegação pela Constituição. Entretanto, por mais que o juiz se porte pragmaticamente na interpretação do Direito, é forçoso não assumir que a Constituição é uma obra programática orientada para a justiça social cuja eficácia deve ser perseguida, o que por si só é fator de *accountability* de suas decisões.

7 Conclusão

A interpretação da judicialização mais aceita enfatiza o uso estratégico dos tribunais pelas oposições contra as decisões dos governos com o objetivo de protelá-las, sustá-las, desmerecê-las e buscar visibilidade midiática. É pontual e limitada a interpretação que concebe a judicialização da política como substituição da vontade majoritária pela vontade dos tribunais. É plausível a interpretação da judicialização da política que a considera revestida de representatividade, em que a legitimidade e a justificação da delegação de poder dessa nova forma de representação – que carece de eleições – derivam diretamente do Estado e da Constituição. Não obstante, na ausência de eleições, a *accountability* dessa nova forma de representação deve rejeitar os mecanismos de revocabilidade e, em lugar disso, deslocá-la para a força normativa e vinculatória da Constituição como programa substantivo destinado a realizar equidade e justiça. Assim, a interpretação mais adequada para gerar *accountability* é a do *Direito como integridade* formulada por Ronald Dworkin, pois *a priori* revela princípios de justiça, se comparada a uma interpretação pragmática do Direito, dado seu caráter instrumental e utilitarista, que nega todo princípio de verdade transcendental.

¹⁶ Uma exceção é a versão do pragmatismo adotada por Habermas. Na trilha da crítica de Richard Rorty à epistemologia racionalista, Habermas transfere a Filosofia para o mundo da vida, mas conserva princípios transcendentais como elementos básicos a orientar a argumentação jurídica; ver Piché (2003).

Referências

- ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. 2. ed. São Paulo: Hucitec, 2002.
- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Educ: Idesp, 1997. (Série Justiça).
- _____. Jurisdição política constitucional. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 23-89. (Série Pesquisas, 25).
- _____. Prefácio. In: POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- ARANTES, Rogério Bastos; SADEK, Maria Tereza. Introdução. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 7-21. (Série Pesquisas, 25).
- ARENDT, Hannah. *Da revolução*. Tradução de Fernando Didimo Vieira. Brasília, DF: Ed. UnB; São Paulo: Ática, 1988. (Série Temas. Estudos Políticos, v. 5).
- BAILLYN, Bernard. *As origens ideológicas da Revolução Americana*. Tradução de Cleide Rapucci. Bauru: Edusc, 2003. (Coleção História).
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DAHL, Robert A. *A Constituição norte-americana é democrática?* Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2015.
- _____. *Poliarquia: participação e oposição*. Tradução de Celso Mauro Paciornick. São Paulo: Edusp, 2005. (Clássicos, 9).
- DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. Tradução de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. São Paulo: Edusp, 1999. (Clássicos, 15).
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Ensino Superior).
- EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002. p. 43-62. (Humanitas, 84).
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV: Fapesp, 2003.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. (Direito e Direitos do Homem, 6).
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, 2009. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7533>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/7533>. Acesso em: 22 fev. 2024.

KUGELMAS, Eduardo; SOLA, Lourdes. Recentralização/descentralização: dinâmica do regime federativo no Brasil dos anos 90. *Tempo Social: revista de sociologia da USP*, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 63-81, out. 1999. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-20701999000200005>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12307>. Acesso em: 22 fev. 2024.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*: edição integral. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAINWARING, Scott P. *Sistemas partidários em novas democracias: o caso do Brasil*. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Ed. FGV; Porto Alegre: Mercado Aberto, 2001.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl., incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade [...]*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. rev. e atual. até a EC 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; Brasília, DF: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PICHÉ, Claude. A passagem do conceito epistêmico ao conceito pragmatista de verdade em Habermas. In: ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite; BARBOSA, Ricardo José Corrêa (org.). *Filosofia prática e modernidade*. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2003. p. 7-27.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RAMALHO, José Ricardo. Trabalho, direitos sociais e sindicatos na Constituição de 1988: duas décadas de acirrada disputa política. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec, 2008. p. 133-151. (Estudos Brasileiros, 42).

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. Primeiro passo. In: _____ (coord.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1-12.

SADER, Eder. *Quando novos personagens entraram em cena: experiências, falas e lutas dos trabalhadores da grande São Paulo, 1970-80*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SANTOS, Fabiano. *O Poder Legislativo no presidencialismo de coalizão*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2003.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STONE, Alec. Judging socialist reform: the politics of coordinate construction in France and Germany. *Comparative Political Studies*, [s. l.], v. 26, n. 4, p. 443-469, Jan. 1994. DOI: <https://doi.org/10.1177/0010414094026004003>.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. p. 27-38.

TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0011-52582008000400002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/ybwh5kBrjcBWkX8mVqgzR4r/?lang=pt>. Acesso em: 22 fev. 2024.

TEIXEIRA, Ariosto. *Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil*. Brasília, DF: Plano, 2001.

VALLINDER, Torbjörn. The judicialization of politics – a world-wide phenomenon: introduction. *International Political Science Review*, [s. l.], v. 15, n. 2, p. 91-99, Apr. 1994. DOI: <https://doi.org/10.1177/019251219401500201>.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social: revista de sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547>. Acesso em: 22 fev. 2024.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. In: OLIVEN, Ruben George; RIDENTI, Marcelo; BRANDÃO, Gildo Marçal (org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Hucitec: Anpocs, 2010. p. 91-109. (Estudos Brasileiros, 42).

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>