

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**SANDRO LUÍS TOMÁS BALLANDE ROMANELLI**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO MEIO DE PARTICIPAÇÃO  
DEMOCRÁTICA – UMA ABORDAGEM TEÓRICA PARA A LEGITIMIDADE DA  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

**CURITIBA**

**2012**

**SANDRO LUÍS TOMÁS BALLANDE ROMANELLI**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO MEIO DE PARTICIPAÇÃO  
DEMOCRÁTICA – UMA ABORDAGEM TEÓRICA PARA A LEGITIMIDADE DA  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração Direitos Humanos e Democracia, Linha de Pesquisa Cidadania e Inclusão Social, Setor de Ciências Jurídicas, na Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fabricio Ricardo de Limas Tomio.

**CURITIBA**

**2012**

## TERMO DE APROVAÇÃO

SANDRO LUÍS TOMÁS BALLANDE ROMANELLI

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO MEIO DE PARTICIPAÇÃO  
DEMOCRÁTICA – UMA ABORDAGEM TEÓRICA PARA A LEGITIMIDADE DA  
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

---

Prof. Dr. Fabricio Ricardo de Limas Tomio  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Vera Karam de Chueiri  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dr. Ernani Rodrigues de Carvalho Neto  
Universidade Federal de Pernambuco

Curitiba, 30 de março de 2012.

*À Priscila, je t'aime.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito, pela excelência e incentivo à pesquisa, e a todos os membros do corpo docente com os quais tive a honra de muito aprender e aos servidores e servidoras da Secretaria, pela atenção e zelo.

A meu orientador, prof. Dr. Fabricio Tomio, que em encontros informais, disciplinas tópicas e cadeiras variadas me apresentou o mundo da ciência política e me munuiu dos instrumentais das ciências sociais, incentivando o trabalho de forma sistemática e ativa.

À prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Vera Karam de Chueiri, que além de me apresentar o prof. Tomio, também confiou em mim para o programa de monitoria de sua disciplina, onde nasceram várias das questões que me atormentaram até a realização do presente trabalho.

Ao prof. Dr. Cesar Serbena, que me acompanhou desde a iniciação científica.

Aos meus Pais, Egídio e Anne-Marie, que sempre valorizaram a carreira acadêmica e meus irmãos Cláudio, Guilherme e Berenice, nos quais me espelhei para os estudos.

Ao amigo Gabriel Schulman, suas ligações diárias e cobranças regulares para que eu terminasse a dissertação.

Ao amigo Ivan Furmann, que me convidou para a docência.

Ao apoio semanal de Sheila, Luís, Vanessa, Guilherme, Marcelo, Milene, Daniel e Juliane, que tiveram que aguentar meus monólogos sobre o desafio que não avançava.

Aos colegas professores do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná, que suportaram minhas ausências e incentivaram meu trabalho.

Agradeço ainda o auxílio da Editora FGV, que gentilmente cedeu livros em seu programa de incentivo ao professor.

Por fim, agradeço a Priscila pela minuciosa revisão, e é claro, pelo apoio, paciência e inspiração sem os quais este trabalho não teria sido possível.

Muito embora todas essas pessoas tenham contribuído para a finalização desse trabalho, eventuais equívocos aqui cometidos são da minha inteira responsabilidade. Sou imensamente grato a todos.

Muito obrigado.

*Wo viel Licht ist, ist auch viel Schatten.*

(Onde há muita luz, há também muitas sombras).

Johann Wolfgang von Goethe, *Götz von Berlichingen*, 1º ato.

## RESUMO

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a ampliação dos instrumentos de proteção judicial e da acomodação de um maior número de interesses e orientações levou ao fenômeno que pode ser descrito como judicialização da política. Este estudo faz uma revisão teórica no campo do direito constitucional e da ciência política com enfoque centrado nas normas constitucionais que estruturam e organizam as competências do Poder Judiciário. Defendemos que tais normas são indutoras do fenômeno da judicialização e funcionam como regras de um jogo institucional desenhado pelas próprias forças políticas atuantes na época da elaboração da Constituição de 1988, tendo como resultado um fortalecimento do Judiciário em face dos demais ramos de poder e transformando-o em espaço privilegiado de deliberação dos grandes debates políticos. Longe de ser sintoma de uma doença institucional, acreditamos que os debates levados ao Poder Judiciário sinalizam a ampliação quantitativa e qualitativa da participação democrática brasileira. Como consequência, descrevemos o crescente uso político dos tribunais, demonstrando em detalhes algumas das táticas empregadas pelos atores políticos, explicitando que os outros Poderes da República também se beneficiam da atuação do Judiciário e fazem uso dele como parte de estratégias para atingirem seus objetivos. Para esta análise, utilizamos os conceitos de custos de transação e de *venue seeking*, da ciência política, que explicam os possíveis benefícios políticos àqueles que recorrem ao Judiciário. Ao final, buscamos rebater as críticas sobre a ausência de legitimidade do Poder Judiciário quando atua no contexto da judicialização e defendemos que ele tem se tornado *locus* privilegiado para o exercício da cidadania social e espaço legítimo de exercício da democracia, acolhendo, de forma complementar às instâncias políticas tradicionais, a manifestação de grupos minoritários – seja por meio dos partidos de oposição, seja em grupos de interesse sem acesso às estruturas políticas tradicionais –, permitindo, por meio de mecanismos como as audiências públicas e os *amici curiae*, sua participação ativa no debate e influência argumentativa sobre a decisão final.

**Palavras-chave:** Judicialização da política. Protagonismo judicial. Democracia.

## ABSTRACT

Since the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, expansion of legal instruments of protection and accommodation of a greater number of interests and orientations led to the phenomenon that can be described as judicialization of politics. This is a theoretical study in constitutional law and political science, centered on constitutional rules that structure and organize judiciary power. We argue that those rules actually induce the phenomenon of judicialization and act as "rules of the political game", being designed by the very political forces operating at the drafting of the 1988 constitution, thus intentionally strengthening the judiciary to build it as a privileged space of deliberation concerning major political debates. Far from seeing it as an illness – as many studies do –, we believe that the judicialization indicates quantitative and qualitative expansion of democracy in Brazil. As a consequence, we describe cases of political use of the courts, explaining in detail some of the tactics employed by political actors, describing also how they benefit from judiciary rulings and make use of it as part of strategies to achieve their goals. For this analysis, we use the political science concepts of transaction costs and venue seeking. At the end, we respond to some judicialization common critics – such as the lack of legitimacy of the judiciary to overturn majority decisions – and argue that it has become a privileged locus for the exercise of citizenship and legitimate exercise of democracy, side by side with other political institutions. Examples can be found when minorities – whether opposition parties or political groups without access to traditional political structures – make use of the Courts through newly created mechanisms such as public hearings and the *amici curiae*, taking part in political debates and influencing the Courts' final decision.

**Keywords:** Judicialization of politics. Judicial prominence. Democracy.



## LISTA DE ABREVIATURAS

ADCON - Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda à Constituição

EUA – Estados Unidos da América

GG – *Grundgesetz*

MDB – Movimento Democrático Brasileiro

MI – Mandado de Injunção

MP – Medida Provisória

PGR – Procurador Geral da República

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

RESUMO.....	vii
ABSTRACT.....	viii
LISTA DE ABREVIATURAS.....	ix
SUMÁRIO.....	x
1. INTRODUÇÃO.....	1
1.1 HÁ UM <i>MALAISE</i> NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS .....	1
1.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	3
1.3 SINTOMAS DA JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL.....	6
1.4 MÉTODO .....	11
2. ORIGENS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	15
2.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO RESULTADO DO <i>JUDICIAL REVIEW</i> .....	15
2.2 O JUDICIÁRIO NO MODELO INSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO.....	16
2.3 TRAJETÓRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DESENHO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	28
2.4 CONCLUSÃO.....	39
3. SENTIDOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	42
3.1 EM BUSCA DE COORDENADAS: UMA EXPRESSÃO POLISSÊMICA.....	42
3.1.1 Diferentes nomes, mesmo fenômeno: sinônimos e parônimos.....	43
3.1.2 O sentido clássico: Expansão do Poder Judicial.....	45
3.1.3 Mesmo nome, vários sentidos: uma expressão polissêmica.....	47
3.1.4 Distinguindo judicialização de ativismo.....	48
3.2 OS FATORES INSTITUCIONAIS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	58
3.2.1 O controle de constitucionalidade .....	61
3.2.2 As regras de mediação institucional.....	67
3.2.3 A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.....	70
3.2.4 O amplo acesso ao Judiciário.....	72
3.3 CONCLUSÃO .....	76
4. A POLÍTICA POR MEIO DOS TRIBUNAIS.....	78

4.1 INTRODUZINDO INSTRUMENTOS DE ANÁLISE: <i>VETO PLAYERS</i> E CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	78
4.2 DELEGANDO AO JUDICIÁRIO MATÉRIAS COM ALTO CUSTO DE TRANSAÇÃO.....	82
4.3 LEVANDO MATÉRIAS AO JUDICIÁRIO PARA IMPOR CUSTOS POLÍTICOS - <i>VENUE SEEKING</i> .....	84
4.4 CONCLUSÃO.....	89
5. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA....	91
5.1 ENFRENTANDO AS QUESTÕES DE LEGITIMIDADE.....	91
5.1.1 O problema da ausência de representatividade: o Judiciário não é composto por representantes eleitos.....	92
5.1.2 O problema da última palavra (a guarda da Constituição como consenso provisório) .....	96
5.1.3 O problema do governo de juízes.....	101
5.2 NOVAS POSSIBILIDADES NA DEMOCRACIA JUDICIAL: O PAPEL DEMOCRATIZANTE DO JUDICIÁRIO.....	103
5.2.1 A cidadania exercida por meio do Poder Judiciário.....	105
5.2.2 A deliberação por meio das audiências públicas.....	110
5.2.3 Os <i>amici curiae</i> .....	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	117
REFERÊNCIAS.....	122

# 1. INTRODUÇÃO

## 1.1 HÁ UM *MALAISE* NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo de uma transformação da democracia.

A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia. (GARAPON, 1999, p. 39).

Nas frases em epígrafe, o magistrado francês Antoine Garapon nos fornece a linha mestra para as reflexões pretendidas em nossa análise.

Sua obra “*Le gardien des promesses*”, publicada em 1996, ilustra a percepção de um mal-estar reinante na sociedade francesa: a crescente utilização das ferramentas jurídicas para debater e debelar os conflitos da sociedade civil e política.

Defende que “Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade.” (GARAPON, 1999, p. 24).

De sua posição como observador privilegiado, Antoine Garapon (1999, p. 26) ressalta ainda que os juízes passaram a ser chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso e que “o prestígio contemporâneo do juiz procede menos de uma escolha deliberada do que de uma reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo”.

Logo, o aumento da judicialização e, conseqüentemente, do poder social do Judiciário se explica mais por uma **transformação da sociedade** do que por mudanças institucionais ou políticas. A figura do juiz serviria, então, como recurso para administrar a complexidade e a diversificação criadas pelas sociedades democráticas, evitando sua implosão.

Nas palavras do autor:

O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares. (GARAPON, 1999, p. 27).

Com isso, quanto mais a democracia (tida tanto como forma de organização política, quanto de organização social) emancipa-se, mais a sociedade estaria buscando na justiça “uma espécie de salvaguarda, o que traduz a profunda unidade no fenômeno do aumento de poder da justiça.” (GARAPON, 1999, p. 27).

Não obstante as afirmações de Garapon serem sedutoras, precisamos tomar o cuidado de não importar sua análise sem contextualizar suas observações na Europa e na crescente desnacionalização do direito dos países europeus para a constituição de regras supranacionais dos Tratados e Leis Comunitárias.

Para esclarecer a ressalva, cumpre dar-lhe novamente a palavra:

A justiça, que era um órgão do Estado, passa subitamente a encarnar o foro de legitimidade do qual procede o Estado. A vontade geral não pode mais pretender ter o monopólio da produção de direito, mas deve tornar-se compatível com os princípios contidos nos textos básicos, que são a Constituição, o Tratado de Roma, e depois o de Maastricht, a Convenção européia de salvaguarda dos direitos humanos e outras convenções internacionais. (GARAPON, 1999, p. 42-43).

Neste contexto, o direito não estaria mais à disposição da vontade popular, sobrepondo-se à soberania de representantes do povo. Em metáfora ilustrativa, Garapon afirma que “A lei tem agora dois senhores: o soberano, que lhe dá consistência, e o juiz, que a sanciona visando a sua conformidade aos textos básicos e acolhendo-a na ordem jurídica.” (GARAPON, 1999, p. 43).

O mal-estar descrito estaria diretamente relacionado com a questão da representação democrática, como se lê no prefácio de Paul Ricoeur à obra de Antoine Garapon: “A demanda da justiça vem do desamparo da política, o direito tornando-se a última moral comum em uma sociedade que não mais a possui.” (RICOUER. In GARAPON, 1999, p. 15).

No campo da análise sócio-política, cumpre destacar alguns autores brasileiros que se aproximaram da temática no mesmo tom, versando sobre o mal-estar da sociedade democrática.

Conforme Gustavo Rabay Guerra (2008, p. 3), o Judiciário vem se tornando o “último reduto político-moral da sociedade, nos temas que naturalmente suscitem os chamados desacordos morais razoáveis (*reasonable disagreements*)”. No “Estado Judicante”, diagnosticado por Rabay Guerra, é mais fácil conchamar o debate público na corte do que no parlamento, eis que a acessibilidade dos espaços judiciais é crescente, em substituição à representação política tradicional.

Assim, ao invés de demandarem de seus governantes as providências necessárias para o bom funcionamento da sociedade, os eleitores comparecem em face do julgador que se torna, ele próprio, “porta-voz de uma ideologia refratária dos desmandos do poder, descendo ao ‘inferno de uma democracia desnordeada’ (Paul Ricouer [*rectius*, Ricoeur]) e impondo severos comprometimentos ao espaço público e a sua própria instituição.” (GUERRA, 2008, p. 4).

Estaríamos vivenciando o que Vianna Lopes (2005, *apud* GUERRA, 2008) identifica como a “Invasão do Direito”, no contexto da expansão do papel dos atores judiciais e da própria normatividade no cotidiano das práticas sociais.

Assim, constatado o fenômeno da transformação social<sup>1</sup> que leva à judicialização da política, seguimos em busca de seus efeitos, observando os sintomas que dela se depreendem.

## 1.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O judiciário [...] não tem influência nem sobre a espada, nem sobre a bolsa; tampouco pode direcionar a força ou a riqueza da sociedade e não toma nenhuma iniciativa por conta própria. Em verdade, pode-se dizer que não tem nem força, nem vontade, mas apenas julgamento.<sup>2</sup> (HAMILTON, 1961).

---

<sup>1</sup> Outros autores que identificam o mal-estar da sociedade contemporânea podem ser encontrados nos estudos de Gustavo Rabay Guerra, que recomenda a leitura de Ingeborg Maus (MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58. p. 183-202, nov. 2002.).

<sup>2</sup> **Federalist No. 78**. No original: “*The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take*

A frase acima é extraída de um dos artigos da série hoje conhecida como *Federalist Papers* e foi publicada na imprensa de Nova York em junho de 1788. Expõe claramente a absorção das ideias de Montesquieu de que o Poder Legislativo deveria ser separado do Poder Executivo e – mais especialmente – separado do Poder Judiciário (o poder de resolver conflitos aplicando regras pré-existentes).

Desde aquele tempo, as instituições foram modificadas e hoje a separação das funções do Estado já não é absoluta.<sup>3</sup> Apesar da distância temporal e das modificações institucionais, ainda há muitos críticos do protagonismo judicial, eis que defendem que seu afastamento de questões políticas é essencial para a garantia da vontade da maioria, e assim, da democracia.

Tais estudos sobre o protagonismo do Poder Judiciário não são novidade.

A influência dos juízes na vida política norte-americana já havia sido constatada no século XIX, sendo relatada por Alexis de Tocqueville (2002) por ocasião de sua viagem para os Estados Unidos da América em 1832.

Desde fins da década de 50 do século passado cientistas políticos norte-americanos já estudam os Tribunais – em especial as Cortes Constitucionais – como sendo instituições essencialmente políticas. Em artigo publicado em 1957, Robert Dahl afirmava que o Judiciário preenche um papel político como uma instituição “para a tomada das decisões sobre questões controversas da política nacional” (DAHL, 1957, p. 279), publicando um artigo no qual descrevia que a Suprema Corte norte-americana formulava diretrizes nacionais e que isso trazia problemas, a primeira vista, para um sistema político tido como democrático.

Tenho descrito que a Corte não pode agir estritamente como uma instituição jurídica. Não podemos deixar de reconhecer que ela deve escolher entre alternativas controversas sobre políticas públicas, levando em consideração ao menos alguns argumentos de aceitabilidade em questões de fato e de valor que não podem ser encontrados ou deduzidos a partir dos precedentes, das leis e da Constituição. É neste sentido que a Corte é

---

*no active resolution whatever. It may truly be said to have neither force nor will, but merely judgment (...).”*

<sup>3</sup> Nesse sentido, Taylor (2007, p. 249) afirma: “as funções judiciais, legislativas e executivas dessas instituições não são caprichosamente separadas em nítidas caixas institucionais como às vezes supomos. Existe uma sobreposição das funções das três instituições [...] diante da qual não é de surpreender que o Judiciário tenha algum efeito no processo de formação de políticas públicas”.

formuladora de diretrizes nacionais [*national policy-maker*], e é nesse papel que se eleva o problema da existência da Corte em um sistema político tido ordinariamente como democrático.<sup>4</sup> (DAHL, 1957, p. 281).

Tal fenômeno foi também descrito por C. Neil Tate e Torbjörn Vallinder (1995) na obra coletiva intitulada “A expansão global do poder judicial”. Nela está narrado o que a literatura em Ciência Política convencionou chamar de **judicialização da política**, potencializando os questionamentos sobre a atuação política do Poder Judiciário e sua legitimidade democrática.

Na mesma linha, Mauro Cappelletti publicou seu estudo “Juizes Legisladores”, afirmando que no conjunto dos Três Poderes o Judiciário estaria emergindo com a relevância de um “terceiro gigante”, assumindo funções que ultrapassam a de simples guardião e contrapeso aos outros poderes. (CAPPELLETTI, 1999, p. 23-25).

Esses trabalhos apontaram um aumento mundial da relevância de estruturas judicantes no cotidiano das democracias ocidentais, percebida pela crescente<sup>5</sup> utilização dos tribunais e superexposição na mídia de assuntos a eles relacionados, dando ampla repercussão dos casos levados a julgamento.

No Brasil, foi a partir da década de 90 que o estudo do papel político do Poder Judiciário ganhou relevância. Para muitos políticos<sup>6</sup> e juristas<sup>7</sup> esse protagonismo tem sido considerado uma disfunção do sistema presidencialista brasileiro, a tal

---

<sup>4</sup> Tradução livre do original: “*I have described, then the Court cannot act strictly as a legal institution. It must, that is to say, choose among controversial alternatives of public policy by appealing to at least some criteria of acceptability on questions of fact and value that cannot be found in or deduced from precedent, statute, and Constitution. It is in this sense that the Court is a national policy-maker, and it is this role that gives rise to the problem of the Court's existence in a political system ordinarily held to be democratic.*”

<sup>5</sup> Como veremos adiante, o aumento pode ser relacionado a fatores como o acesso ao Judiciário, o Estado do Bem-Estar Social e a constitucionalização de direitos sociais.

<sup>6</sup> Entre eles, destaca-se a manifestação do ex-Presidente da República Luis Inácio Lula da Silva, que concedeu entrevista ao jornal Estado de São Paulo em abril de 2010, afirmando que a atuação do Tribunal Superior Eleitoral estaria influenciando indevidamente o destino dos agentes políticos.

<sup>7</sup> Nas palavras de Micheli Iwasaki, “É recorrente na literatura jurídica contemporânea, especialmente entre os constitucionalistas, o reconhecimento da crescente judicialização da vida e de crítica ao ativismo judicial, especialmente a partir de decisões paradigmáticas e cercadas de polêmicas recentemente apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. Isso evidentemente não elimina as incertezas e os paradoxos intrassistêmicos na medida em que segurança jurídica e a justiciabilidade da decisão por vezes se contrapõem.” (IWASAKI, 2010, p. 99).



ponto de ser apontado como sendo uma deturpação do equilíbrio entre os poderes, uma doença, um mal a ser combatido.

Nesse contexto em que a judicialização da política é vista como resultado da disfunção da democracia, precisamos apresentar com maiores detalhes os sintomas que indicam sua presença no Brasil.

### 1.3 SINTOMAS DA JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL

No Brasil, a relação entre a sociedade e o Poder Judiciário vive uma fase de intensas transformações, na qual a figura dos magistrados tem adquirido grande centralidade tanto nos debates sociais quanto nos debates políticos.

A partir da Constituição de 1988, as transformações constitucionais permitiram o maior protagonismo<sup>8</sup> dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial, mecanismos que Luis Werneck Vianna (1999, p. 15-17) afirma terem sido recentemente descobertos e crescentemente utilizados por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais.

De acordo com a pesquisa de Werneck Vianna, a valorização do Poder Judiciário estaria ocorrendo pela desqualificação da política, que teve seu espaço reduzido, senão anulado, como consequência do próprio enfraquecimento da soberania dos Estados que não teriam mais opções para atuar diante das regras ditadas pelo mercado. Haveria, segundo Vianna (1999, p. 16-17), pouco espaço para os parlamentos atuarem, transformando-se em meros homologadores das políticas públicas determinadas pela Administração Pública.

No entender do autor, a 'judicialização da política' é positiva como etapa de resistência contra um Estado em crise, que experimenta colapso moral, escandalosa ineficiência e desmoralização do espaço político-parlamentar. Entretanto, o autor

---

<sup>8</sup> Neste capítulo, o termo **protagonismo dos tribunais** será empregado para dar ênfase ao sentido de relevância do Poder Judiciário como arena decisória que tem impacto nas questões políticas. Assim, não se trata aqui de **ativismo judicial**, termo que será utilizado nos próximos capítulos com o sentido da inclusão da variável motivacional, isto é, da vontade ou não dos membros do Poder Judiciário de atuar de forma a implementar seu protagonismo.

ressalva que tal processo não pode ser visto como um fim em si mesmo, posto que não há liberdade possível em um Estado no qual as normas e regras sejam “fruto da vontade de um grupo de pretensos sábios, por mais bem intencionados que sejam”. (VIANNA *et. al.*, 1999, p. 18).

A usual crítica ao Judiciário enquanto poder não representativo é ilustrada por Matthew Macleod Taylor, que afirma ser frequente a percepção pública de que há algo errado na atuação política dos tribunais no processo de formulação de políticas públicas: “A crescente judicialização e o conseqüente crescimento do impacto judicial em quase todo o mundo trouxeram consigo [...] uma crítica muito forte, por parte dos poderes eleitos, aos ‘legisladores não-eleitos’.” (TAYLOR, 2007, p. 249).

Outra abordagem negativa aponta que o Poder Legislativo estaria a ceder parte de suas atribuições ao Poder Judiciário, como um sintoma da derrogação política<sup>9</sup>, no qual o debate parlamentar é substituído por deliberações nos tribunais, em uma descaracterização do modelo político do Estado moderno, acarretando no declínio da confiança nos parlamentos e no descrédito dos políticos. Tal fenômeno estaria a indicar uma crise de inação do Poder Legislativo, tanto por conta da percepção de que as instituições legislativas estariam imobilizadas (em que o consenso é raramente encontrado), quanto em razão dos casos de corrupção que maculam sua imagem e reputação. (AGUIAR, 2007, p. 2).

Independentemente de sua origem, o panorama de crítica ao protagonismo dos tribunais é descrito por Maria Tereza Sadek como um aumento nas reações por parte da Administração Pública, de políticos no Legislativo, de lideranças partidárias, de empresários e de associações da sociedade civil. (SADEK, 2011, p. 3).

Exemplarmente, cabe dar destaque à afirmação feita pelo ex-Presidente da República, em abril de 2010, sobre a atuação do Tribunal Superior Eleitoral: “Não podemos permitir que nosso destino fique correndo de tribunal para tribunal.”<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> A ideia de Derrogação Política é definida por Thais Aguiar: “(...) nota-se que o poder legislativo tem delegado decisões ao poder judiciário por razões como a elaboração de leis vagas e ambíguas, a falta de fôlego e a pouca perícia técnica para atuar a cada mudança de quadro” (AGUIAR, 2007, p. 2.)

<sup>10</sup> Frase atribuída a Luis Inácio Lula da Silva, publicada n’**O Estado de S. Paulo de 09.04.2010**. p. A8.

Sadek (2011, p. 3) afirma ainda que expressões como batalha jurídica e guerra de liminares estão no cotidiano da mídia, a demonstrar que dificilmente se encontrará uma questão relevante, de impacto na vida coletiva, que não tenha sido debatida e julgada pelo Poder Judiciário.

Para situar a atualidade do debate, destaca-se o artigo publicado no Jornal Valor Econômico de 25 de novembro de 2011 por Marcos Nobre e José Rodrigo Rodriguez. Nele, os pesquisadores indicam que a expressão judicialização da política “está por toda parte e tem múltiplas utilidades no debate público, sendo todas elas sempre de censura e de condenação.”

Afirmam ainda que a expressão estaria sendo utilizada tanto para criticar o Poder Legislativo (“que não estaria ‘fazendo a sua parte’”), quanto para criticar o Poder Judiciário (“por invadir a competência do Poder Legislativo sem ter legitimidade para isso, já que juízes não são ‘eleitos’, diz ainda o raciocínio”) e para denunciar uma situação de despolitização geral da sociedade, “o que obrigaria cidadãos e cidadãos a recorrer ao Judiciário como ato recurso de última instância de proteção política”. (NOBRE e RODRIGUEZ, 2011).

Finalmente, sublinham que o pressuposto é que haveria uma doença crônica, uma disfunção nas instituições, que não estariam funcionando “normalmente”, “como deveriam”.

No mesmo sentido, afirma Luís Roberto Barroso:

A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2008, p. 19).

Abordando o fenômeno pela ótica dos magistrados, Maria Tereza Sadek (2011, p. 1), elaborou um perfil da magistratura brasileira na qual conclui que “de figura acanhada, e quase anódina, magistrados têm marcado presença na arena pública, participando ativamente dos fatos mais relevantes da política nacional.”

Munida das estatísticas colhidas pelo Conselho Nacional de Justiça, Sadek afirma que é fato que os magistrados têm deixado de tratar apenas de situações

circunscritas à resolução de disputas entre partes e passando a arbitrar questões relacionadas a problemas de política pública e a temas que dizem respeito às coletividades. (SADEK, 2011, p. 2).

Observando a expansão da jurisdição constitucional decorrente da Constituição de 1988, Maria Tereza Sadek (2011, p. 2) destaca que a ascensão institucional do Poder Judiciário o tem colocado em situação estratégica, tanto na proteção dos direitos individuais e coletivos quanto no controle das políticas públicas e dos poderes constituídos, dando ao Supremo Tribunal Federal (STF), em particular, uma posição de proeminência em relação aos outros poderes da República, como se constata dos seus julgados que determinam os limites de atuação de estruturas do Poder Legislativo, como nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) e no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados.

Finalmente, há ainda autores que notam que a influência das cortes fora do âmbito do processo judicial são absorvidas pelo Poder Legislativo. Matthew Taylor ilustra a capacidade dos membros do Judiciário de influenciar a discussão das políticas públicas antes de elas serem aprovadas:

**Os juízes sinalizam suas preferências publicamente muito antes da aprovação final dos projetos, seja por meio de pronunciamentos públicos (caso do ministro Carlos Velloso na segunda tentativa de reforma da Previdência durante o governo Fernando Henrique) ou através de reuniões a portas fechadas entre Executivo e Judiciário (caso das medidas contra o apagão, que foram discutidas de antemão entre um representante do Executivo, Pedro Parente, e integrantes do STF).** Esse tipo de sinalização calculada tem efeitos que antecipam o resultado final, inserindo os juízes no jogo e alterando a política pública resultante, muitas vezes sem o Judiciário precisar utilizar seus poderes formais. (...) Isto é, mesmo sem usar seus poderes formais, como os de revisão constitucional, o Judiciário pode ter um impacto no momento da deliberação, eliminando algumas alternativas e constringendo a liberdade de ação de outros atores políticos. (TAYLOR, 2007, p. 241).

Marcus Faro de Castro afirma, no mesmo sentido, que até mesmo pronunciamentos não-jurispcionais de magistrados, como entrevistas ou discursos de posse, têm efeito político relevante. (CASTRO, 1997, p. 149).

Concluindo seu levantamento sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Castro (1997, p. 153) constata: “A análise dos acórdãos do tribunal revela que também a produção jurisprudencial rotineira do STF tem uma direção marcante na proteção de interesses privados e, portanto, de impacto negativo sobre a implementação de políticas públicas”.

Ilustrando alguns dos casos de repercussão nacional em que o STF atuou, Sadek nos lembra que “o Supremo Tribunal Federal impôs a fidelidade partidária; decidiu sobre o direito de greve de servidores públicos; proibiu o nepotismo no setor público; restringiu o uso de algemas; arbitrou sobre o uso de células-tronco; proferiu sentença sobre demarcação de reserva indígena.” (SADEK, 2011, p. 2).

No mesmo sentido, sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal e o papel político do Poder Judiciário, Gustavo Rabay Guerra elenca os temas objeto de ações julgadas até 2008 e aqueles que viriam a ser julgados (o que efetivamente ocorreu de 2009 a 2011):

Por esses dias, **temas instigantes povoam as sessões do STF. O papel político e a conseqüente necessidade de legitimação democrática discursiva do Judiciário ficaram patentes no julgamento de questões complexas, tais como a fidelidade partidária e a autorização de experiências científicas com células tronco-embrionárias.** Tivemos, também, a imposição do uso das algemas, o caso da greve dos servidores públicos e o fim do nepotismo nas três funções do Estado. Em seguida, teremos, ainda, julgamentos marcantes, tais como a possibilidade de descriminalização de aborto de fetos anencefálicos, a demarcação da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, a constitucionalidade do casamento homossexual e, por fim, a questão das ações afirmativas e das cotas nas universidades públicas. (GUERRA, 2008, p. 2-3).

Como destaca Sadek, não se trata apenas do comportamento do Supremo Tribunal Federal ou dos demais tribunais superiores, mas da participação dos Juízes de todas as instâncias.

Tal participação não se restringe à Corte Suprema, nem mesmo aos Tribunais Superiores. Juízes têm se manifestado sobre as mais diferentes matérias, sobre políticas públicas, sobre direitos relacionados à saúde, à educação, à habitação, ao saneamento, etc. (SADEK, 2011, p. 2).

Nesse contexto variado de causas e sintomas, encontramos os problemas que constituem objetos deste trabalho: Como definir o fenômeno chamado de Judicialização da Política? Ele existe no Brasil? Se existe, é compatível com o regime democrático?

Antes de caminhar em busca de respostas, vamos detalhar o método que guiará nosso estudo.

#### 1.4 MÉTODO

Este trabalho é, em sua essência, teórico. Trata de revisar e sistematizar a literatura que aborda a judicialização da política, tendo como objetivos específicos comparar os enfoques e verificar a maior ou menor robustez da explicação dada para o fenômeno.

Tendo em vista a variedade das análises encontradas, escolhemos o recorte dado pela abordagem neo-institucionalista, oriunda da ciência política, em detrimento das usualmente encontradas nos estudos jurídicos.

No campo das Ciências Jurídicas, inúmeras são as obras que debatem, com grande competência, as questões do ativismo judicial, da jurisdição constitucional, do neoconstitucionalismo e da crise de legitimidade do Poder Judiciário, opondo constitucionalismo e democracia.<sup>11</sup>

Por sua vez, no campo da Ciência Política também são vários os trabalhos que envolvem a judicialização da política, o uso de medidas judiciais pelas minorias políticas e a atuação dos tribunais em substituição às atividades Poder Legislativo.

Como se expõe no presente trabalho, defende-se que essa participação é salutar para manter os pré-compromissos estabelecidos na Constituição, além de dar voz aos atores excluídos da arena legislativa ordinária. O Judiciário funciona, assim, como ágora estendida capaz de acolher as pretensões que não são manifestadas em outras esferas institucionais, situando a jurisdição como legítimo *locus* de debate democrático

---

<sup>11</sup> Com destaque para o de Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2007).

Assim, acreditando poder dar contribuição maior ao trazer a leitura da ciência política para a academia jurídica, adotamos as ferramentas da ciência política, mais especificamente a análise conhecida como neoinstitucionalista da escolha racional.

Sobre a abordagem neo-institucionalista, Maria Thereza Sadek corrobora a perspectiva de que as regras jurídico-institucionais são como recursos para os atores políticos alcançarem seus objetivos:

Diferentemente da perspectiva jurídica, a preocupação central não está nos fundamentos normativos, no *dever ser*. (...) Valoriza-se, pois, as relações concretas; o poder; o processo de construção de um ator político; os recursos de poder disponíveis e sua utilização pelos diferentes atores e instituições (...) enfim, o jogo de forças entre os distintos atores em uma determinada arena pública. Neste sentido, os fundamentos legais são vistos como 'meios', como 'recursos'. (SADEK, 2011, p. 2).

Em Tsebelis, vemos que “os políticos são racionais e tentam atingir suas metas, que as instituições são limitações ao desenvolvimento das estratégias humanas e que, portanto, o estudo das instituições povoadas por atores racionais nos leva a entender diferentes resultados. (TSEBELIS, 2009, p. 9).

Ainda conforme o autor, o neoinstitucionalismo da escolha racional é a abordagem na qual podemos descrever ou estudar o comportamento dos atores políticos a partir da análise das instituições – e suas regras jurídicas.

A base lógica é que as instituições não alteram as escolhas dos indivíduos, mas alteram suas estratégias para chegar ao resultado desejado. Assim, a Constituição de 1988 e o rearranjo político – com a conseqüente mudança das instituições – alterou as estratégias políticas e passou a envolver o Judiciário nelas. É disto que tratará este trabalho.

É a preocupação metodológica de Ernani Carvalho e Marjorie Marona que nos alerta:

Bem entendido: a judicialização da política não pressupõe a adesão prévia dos atores sociais a determinados valores, mas, ao contrário, deve ser entendido como um fenômeno circunstancial, contingencial, dependendo, sobretudo, de considerações estratégicas, de modo que os atores políticos e suas escolhas fazem parte do quadro explicativo, na medida em que tomam decisões, antecipam as conseqüências de seus atos, escolhem instituições políticas. E a maneira como atuam desempenha um papel

decisivo na configuração do fenômeno. (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 2).

Também sobre o método do neoinstitucionalismo, assim afirmam Martin Shapiro e Alec Stone Sweet:

Introduzido nos anos 80 por críticos da escolha racional, o novo institucionalismo corrigiu o comportamentalismo ao centrar suas análises em como as regras e procedimentos formais e informais realmente influenciam, constroem e algumas vezes até mesmo determinam o que fazem as organizações e atores. Se as regras realmente importam, então a lei e as cortes devem realmente importar.<sup>12</sup> (SHAPIRO e STONE-SWEET, 2002, p. 10).

A premissa básica para a análise pressupõe que a maioria dos indivíduos age de maneira racional, sendo guiada pelo resultado da ação. É o que explica Jon Elster (1994, p. 38): “As ações são avaliadas e escolhidas não por elas mesmas, mas como meios mais ou menos eficientes para um fim ulterior.”

Por meio desta abordagem, buscamos observar a influência que as instituições exercem sobre as relações entre os indivíduos. Nesse enfoque, as regras institucionais funcionam como regras do jogo que, embora não influenciem a vontade dos indivíduos<sup>13</sup>, acreditamos que alteram suas estratégias para alcançarem seus objetivos.

Essa abordagem metodológica é detalhada por George Tsebelis, explicando que as instituições de uma sociedade servem como regras do jogo para determinar o comportamento dos indivíduos:

A abordagem da escolha racional centra-se nas coerções impostas aos atores racionais – as instituições de uma sociedade. Parece paradoxal que o enfoque da escolha racional não esteja preocupado com os indivíduos ou

---

<sup>12</sup> Tradução livre do original: " The new institutionalism, introduced in the 1980s by critics of rational choice (March and Olsen 1984), corrected behaviouralism by focusing on how formal and informal rules and procedures actually did influence, constrain, and sometimes even determine what organizations and actors do. If the rules really matter, then law and courts must really matter."

<sup>13</sup> Para ilustrar o limite de alcance das regras de um determinado jogo, podemos exemplificar que faz parte da vontade de cada indivíduo querer ou não ganhar, querer permanecer no jogo por mais tempo, ou ainda, simplesmente não querer jogá-lo. Partimos do pressuposto que as regras não determinam tais preferências, mas indicam o melhor caminho para que a vontade seja alcançada.



atores e centre a sua atenção nas instituições políticas e sociais. A razão desse paradoxo é simples: assume-se que a ação individual é uma adaptação ótima a um ambiente institucional e se sustenta que a interação entre os indivíduos é uma resposta otimizada na relação recíproca entre ambos. Assim, as instituições predominantes (as regras do jogo) determinam o comportamento dos atores, os quais, por sua vez, produzem resultados políticos ou sociais. (TSEBELIS, 1998, p. 51).

Nesta senda, a presente dissertação percorre o caminho aberto por Jon Elster, George Tsebelis, Alec Stone Sweet, Martin Shapiro e John Ferejohn. No Brasil, são basilares nesta abordagem os trabalhos de Ernani Rodrigues de Carvalho, Marjorie Corrêa Marona, Matthew MacLeod Taylor e Luciano Da Ros.

Isto posto, vejamos como se estrutura este trabalho:

No próximo capítulo partimos em busca das origens da judicialização no Brasil. Seguindo o método adotado, tal busca consistirá na análise do modelo institucional adotado, observando as origens do controle de constitucionalidade no modelo institucional norte-americano e as principais as transformações, ao longo da história, nas normas constitucionais que regem o Poder Judiciário e o controle de constitucionalidade no Brasil.

No capítulo seguinte, buscamos sistematizar a literatura e comparar os enfoques encontrados, buscando descrever como a judicialização da política pode ser definida em termos da análise proposta. Isto é, faremos um esforço para classificar as diferentes definições e isolar os fatores institucionais que serão adotados como causadores da judicialização.

O quarto capítulo trata da judicialização como um legítimo meio de participação democrática, buscando demonstrar a legitimidade do Poder Judiciário para atender demandas judiciais como um efetivo instrumento participação democrática, seja dos atores políticos, seja da sociedade civil, destacando o conceito de cidadania judicial.

Por fim, no quinto capítulo faremos uma conclusão retomando os principais aspectos e a estrutura dos argumentos que levam a afirmar que a judicialização da política é coerente com a estrutura democrática.

## 2. ORIGENS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

### 2.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO RESULTADO DO *JUDICIAL REVIEW*

A busca pelas origens do fenômeno descrito como judicialização da política não é tarefa simples. Os autores que situam o surgimento trabalham com uma grande gama de variáveis, em áreas que permeiam a sociologia, a ciência política e o direito.

A literatura disponível costuma tratar de forma indistinta<sup>14</sup> origens institucionais (no arranjo jurídico das instituições), fenômenos sociológicos (como reflexos do desencanto da democracia), políticos (como o enfraquecimento do legislativo) e jurídicos (como o aumento do acesso à justiça e a justiciabilidade dos direitos sociais).

Diante da abordagem proposta, nosso esforço neste tópico é destacar a variável institucional, isto é, a estrutura político-normativa que dá subsídio ao comportamento dos diversos atores envolvidos (agentes políticos, magistrados, sociedade civil).

Haja vista que grande parte das pesquisas apontam para o estudo da Judicialização como resultado da atividade do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, com ênfase para o estudo do controle concentrado exercido pelo Supremo Tribunal Federal, vamos estudar o modelo institucional que lançou as bases para a possibilidade do controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário.

---

<sup>14</sup> Louváveis exceções devem ser destacadas nos trabalhos de Maria Tereza Sadek, Ernani Carvalho e Marjorie Corrêa Marona, que serviram de base para a organização deste capítulo.

## 2.2 O JUDICIÁRIO NO MODELO INSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO

Não creio que, até agora, alguma nação do mundo tenha constituído o Poder Judiciário da mesma maneira que os americanos. O mais difícil para um estrangeiro compreender nos EUA é a organização judiciária. Não há, por assim dizer, acontecimento político em que não ouça invocar a autoridade do juiz; e daí conclui naturalmente que nos EUA o juiz é uma das primeiras potências políticas.<sup>15</sup> (TOCQUEVILLE, 2002, p. 89).

A narrativa de Alexis de Tocqueville, aristocrata francês que relata sua viagem pelos Estados Unidos da América em 1831, aponta claramente a atuação política dos magistrados naquele país.

Inaugurando um capítulo próprio para tratar da relevância do Poder Judiciário nos EUA, “tamanho sua importância política”,<sup>16</sup> Tocqueville descreve que os magistrados estado-unidenses têm a prerrogativa de fundamentar suas decisões na Constituição, em substituição às leis: “A causa reside neste simples fato: os americanos reconheceram aos juízes o direito de fundar suas decisões na Constituição, em vez de nas leis.<sup>17</sup> Em outras palavras, permitiram-lhes não aplicar as leis que lhes parecem inconstitucionais.”<sup>18</sup> (TOCQUEVILLE, 2002, p. 90-91).

Em um trabalho de síntese explicativa para o Brasil, Maria Tereza Sadek (2011, p. 4) indica que tal cenário não se originou por mero acaso. Conforme aduz, a

---

<sup>15</sup> Tradução livre. No original : "(...) *je ne pense pas que, jusqu'à présent, aucune nation du monde ait constitué le pouvoir judiciaire de la même manière que les Américains. Ce qu'un étranger comprend avec le plus de peine, aux États-Unis, c'est l'organisation judiciaire. Il n'y a pour ainsi dire pas d'événement politique dans lequel il n'entende invoquer l'autorité du juge; et il en conclut naturellement qu'aux États-Unis le juge est une des premières puissances politiques.*"

<sup>16</sup> Tradução livre. No original : "*J'ai cru devoir consacrer un chapitre à part au pouvoir judiciaire. Son importance politique est si grande qu'il m'a paru que ce serait la diminuer aux yeux des lecteurs que d'en parler en passant.*". O capítulo é o VI, intitulado "*Du pouvoir judiciaire aux États-Unis et de son action sur la société politique*"

<sup>17</sup> Tal possibilidade é a estrutura hoje conhecida como controle de constitucionalidade difuso.

<sup>18</sup> Tradução livre. No original : "*La cause en est dans ce seul fait: les Américains ont reconnu aux juges le droit de fonder leurs arrêts sur la constitution plutôt que sur les lois. En d'autres termes, ils leur ont permis de ne point appliquer les lois qui leur paraîtraient inconstitutionnelles.*"

atuação de magistrados na arena pública norte-americana refletiu as determinações implícitas no modelo institucional.<sup>19</sup>

Nesse contexto, o aumento da importância do Poder Judiciário seria inerente ao modelo presidencialista criado pela Constituição dos Estados-Unidos da América de 1787, eis que o Judiciário teria sido constituído como instituição com igual importância e peso ao conferido ao Executivo e ao Legislativo com sua possibilidade de exercer o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos. De acordo com Maria Tereza, tal possibilidade de controle foi “uma criação contramajoritária sem precedentes no mundo europeu”. (SADEK, 2011, p. 5).

Para fundamentar sua afirmação, Sadek faz uma análise histórica do papel dos juízes na teoria da separação de poderes de Montesquieu, para então demonstrar a forma específica que se desenvolveu no sistema presidencialista, nos EUA:

Deve-se a Montesquieu a caracterização do Judiciário como a de um poder neutro, encarregado de aplicar a letra fria da lei. No século XVIII essa assertiva revolucionária se identificava com a institucionalização de garantias para a preservação da liberdade individual contra abusos do Estado. **A teoria da separação dos poderes orienta-se pelo rigoroso combate ao absolutismo.** A prevalência da lei é entendida como a solução mais adequada de defesa contra o arbítrio e contra os riscos inerentes à concentração do poder. O exercício do poder segundo os ditames das leis distinguiria a república do governo despótico. (SADEK, 2011, p. 11).

Ainda de acordo com a autora, a **separação dos poderes e a supremacia da lei implicam a ascensão da figura do juiz.** Entretanto, nessa acepção tradicional, o juiz seria um personagem sem brilho: “na definição clássica, não é senão a ‘boca da lei’. [...] A neutralidade implícita nas faculdades de julgar e de punir requer ‘seres inanimados’, sem paixões, distantes das mazelas do dia a dia.”

Tomamos a liberdade de reproduzir dois trechos do livro XI que contêm a tão citada definição clássica de Montesquieu, de sua monumental obra de 1748: “Dos

---

<sup>19</sup> Sua exposição passa pelas origens históricas dos modelos parlamentarista e presidencialista, demonstrando que a posição institucional do Poder Judiciário se relaciona com o liberalismo e sua preocupação em combater o arbítrio.

três poderes dos quais falamos, o judiciário é, de algum modo, nulo.”<sup>20</sup> (MONTESQUIEU, 2005, p. 169).

Entretanto, quando se prossegue a leitura até o capítulo final<sup>21</sup>, a aparente lei absoluta de distribuição dos três poderes não se mostra invariável ou rígido em Montesquieu. O segundo trecho, este raramente citado, merece o mesmo destaque do anterior:

Desejaria ter pesquisado, em todos os governos moderados que conhecemos, **qual a distribuição dos três poderes, e daí calcular o grau de liberdade dos quais cada um deles pode gozar**. Entretanto, nem sempre se deve deixar que se esgote o assunto a ponto de nada deixar para que o leitor também se esforce. Não se trata aqui de fazer ler, mas de fazer pensar.<sup>22</sup> (MONTESQUIEU, 2005, p. 195).

Assim, em harmonia com as orientações de Montesquieu, pensemos como se dá a interação entre as instituições de nossa República observando o modelo do regime presidencialista nos EUA.

O modelo clássico da supremacia da lei implicava em um juiz neutro, apolítico. Entretanto, conforme ensina Maria Tereza Sadek, o sistema presidencialista americano veio a inverter essa lógica, eis que o ingresso de magistrados na arena política passa a ser atributo definidor da estrutura de poder:

O Estado de Direito, com Tribunais autônomos em relação ao poder régio, foi em grande parte inspirado por esse modelo. No sistema presidencialista, no entanto, a separação de poderes, a constituição do Judiciário como poder de Estado e o conseqüente ingresso de magistrados na arena política ganharam extraordinário vigor, sendo convertidos em atributos definidores dessa estrutura de poder. (SADEK, 2011, p. 11).

---

<sup>20</sup> O contexto no qual a frase é retirada trata da função de se tripartir o poder: “Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.” (MONTESQUIEU, 1964, p. 360).

<sup>21</sup> Capítulo 20 do livro XI.

<sup>22</sup> No idioma original pode-se perceber o toque de ironia da frase em destaque: “*Mais il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet qu'on ne laisse rien à faire au lecteur. Il ne s'agit pas de faire lire, mais de faire penser.*” (MONTESQUIEU, 1964, p. 598).

É no trabalho de Ernani Carvalho (2007), que trata da gênese e desenvolvimento da Revisão Judicial, que encontramos explicações políticas para a origem da Suprema Corte e o controle de constitucionalidade nos EUA.

Ao abordar o surgimento do Tribunal Constitucional, Carvalho afirma que a fórmula institucional da Constituição norte-americana tratou-o como órgão político, que ao lado do Senado e do aumento do poder de veto do Poder Executivo, “constituíram-se nos mais eficientes mecanismos institucionais de freios e contrapesos ao poder da maioria”. (CARVALHO, 2007, p. 164).

Essa busca institucional de se contrapor ao poder da maioria pode ser situada historicamente na necessidade de um poder central que pudesse mitigar a liberdade das Assembléias Estaduais, fortemente independentes.

Ernani Carvalho ainda narra que na América pós-revolucionária “existia um entusiasmo excessivamente ardoroso em prol da liberdade que foi facilmente revertido em autonomia pelas ex-colônias”:

**Um dos casos mais famosos, constante da bibliografia histórica da época, demonstra claramente como o radicalismo empunhado por algumas Assembléias Legislativas no pós-revolução acelerou a discussão sobre a criação de uma federação. O caso do estado Rhode Island foi exemplar.** A Assembléia Legislativa desse estado, além de não enviar nenhum delegado para a convenção continental de 1787, **também não concordou em transferir para o Congresso interestadual 5% das taxas alfandegárias sobre produtos industrializados.** A estrutura institucional da confederação norte-americana atentava, basicamente, para dois princípios: o poder era descentralizado e estava na periferia. Este poder concentrava-se, sobretudo, nos legislativos populares. (CARVALHO, 2007, p. 163-164).

Carvalho destaca que após a Revolução Americana de 1776, as Assembléias estaduais se firmaram como grandes representantes das aspirações populares locais, com intensa participação política. Entretanto, ocorria paralelamente um processo de crise econômica que levou boa parte dos comerciantes e produtores rurais ao endividamento. Estes formavam a “classe dos devedores” e pressionavam as Assembléias Legislativas por meio das Assembléias comunais em busca de meios para solver seus débitos.

Nesse período (1780-1790), como consequência política desse quadro de instabilidade econômica, houve a adesão de várias Assembléias Legislativas estaduais em prol dos devedores. Uma vez no poder, a “classe de devedores” tinha como objetivo legislar em causa própria, perdoadando dívidas, abolindo tributos e tornando ineficaz a cobrança judicial dos credores.

Para ilustrar com precisão o fato histórico, Carvalho transcreve trechos da obra do jurista argentino Roberto Gargarella que narra a eleição de Jonathan Hazard ao governo do Estado de Rhode Island:

*En este sentido, el caso más destacado fue el de Rhode Island, donde el amplio grupo de los deudores llegó directamente a controlar el gobierno del estado. En efecto, en 1786 los deudores eligieron a Jonathan Hazard ( quien actuaba como su principal portavoz) como gobernador de Rhode Island. Su programa de gobierno consistía casi íntegramente en medidas tendentes a aliviar los problemas de la deuda, que comenzaron a ser aplicadas tan pronto como Hazard accedió al poder. En Rhode Island, no sólo se emitió moneda, sino que se dispusieron multas para aquellos que se negasen a aceptar dicho circulante. Más aún, se estableció que los jueces debían convocar públicamente a los acreedores que se negasen a recibir la nueva moneda, y dar las obligaciones por canceladas, en caso de que aquéllos persistiesen en su negativa. (GARGARELLA, 1996, p. 23, apud CARVALHO, 2007, p. 164)*

Conforme o exposto acima, os devedores e seus representantes formaram maioria política que passou a ocupar espaço político, transformando a arena decisória dos legislativos estaduais em câmaras de obstáculos às execuções judiciais. A tentativa dos devedores de fugir às obrigações pecuniárias gerou uma forte reação por parte dos credores, mas que nada podiam fazer em face do poder político local.

Esse cenário gerou uma descrença no sistema institucional vigente, principalmente entre os credores e elevou o temor em torno da possibilidade de um despotismo legislativo. Ainda de acordo com Carvalho (2007, p. 165), foi nesse ambiente de conturbação institucional que as teses federalistas ganharam peso e extensão. Em 27 de outubro de 1787 foi publicado o primeiro artigo federalista no *Independent Journal* de Nova York. Nele, os autores James Madison, Alexander

Hamilton e John Jay mantiveram o anonimato, assinando com o pseudônimo de *Publius*.

Para os federalistas, a União deveria ser dotada de força suficiente para controlar os efeitos das facções, como destaca Ernani Carvalho transcrevendo James Madison:

Uma das principais argumentações utilizadas pelos federalistas para justificar a institucionalização de mecanismos que controlassem o poder da maioria foi a necessidade de conter a violência e o facciosismo. “Entendo como facção um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unidos e agindo sob um impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade”

Para Madison, as causas do facciosismo não podiam ser “extirpadas do convívio social”; portanto, a única alternativa seria buscar meios para controlar seus efeitos. O remédio, de seu ponto de vista, seria a constituição de uma efetiva união dos Estados (uma federação). (CARVALHO, 2007, p. 164).

A estabilidade institucional (governabilidade) era a grande preocupação de Madison e o crescente temor das decisões tomadas pelas Assembléias estaduais teria intensificado tais preocupações.

Como remédio contra tal maioria irracional, a estrutura institucional idealizada nos artigos federalistas aperfeiçoava os ensinamentos de Montesquieu, propondo instrumentos de controle mútuo entre os poderes.

A ideia central era que as inovações propostas gerassem uma maior centralização do poder, fortalecendo a “supremacia constitucional em detrimento da supremacia parlamentar que à época reinava.” (CARVALHO, 2007, p. 165). Do ponto de vista prático, a intenção era que as instituições de veto (Tribunal Constitucional, veto presidencial e o Senado) estabelecidas no Congresso de Filadélfia atuassem como barreiras de contenção ao ímpeto do facciosismo e a uma possível ditadura da maioria.

Concluindo com os pressupostos básicos do desenho institucional inaugurado na Constituição norte-americana de 1787, Ernani sintetiza:



**No que concerne ao desenho institucional norte-americano, as providências visavam reverter o quadro que se havia instaurado. Nesse sentido, foram criados mecanismos que tinham por finalidade conter as ações “mal pensadas” do lobby dos devedores. A argumentação erigida nessa direção sustentava-se em dois supostos básicos:**

- 1) a convicção de que na política existem alguns poucos princípios verdadeiros e que estes não são percebidos pelo povo comum e
- 2) a convicção de que as maiorias podem, em determinado momento, agir irracionalmente. (CARVALHO, 2007, p. 165).

A mesma tese – da força contramajoritária do Poder Judiciário no desenho institucional norte-americano – pode ser encontrada na descrição feita por Alexis de Tocqueville em 1835:

Mas o juiz americano é levado, contra sua vontade, no terreno da política [...]. Fechado em seus limites, o poder concedido aos tribunais americanos de se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis forma ainda uma das maiores barreiras que jamais foram erguidas contra a tirania das Assembléias políticas.<sup>23</sup> (TOCQUEVILLE, 2002, p. 93).

Entretanto, o papel do Judiciário como força política institucionalizada não se restringiu aos Estados Unidos. É o que sustenta Maria Tereza Sadek afirmando que “todos os países que se inspiraram no arquétipo presidencialista, de alguma forma, importaram também o Judiciário como poder de Estado e a possibilidade de sua participação como instituição e de seus integrantes na arena pública.” (SADEK, 2011, p. 12).

Mas se o protagonismo do Judiciário seria resultado do modelo presidencialista, como explicar porque a judicialização tem sido vista como um processo recente? É Maria Tereza Sadek quem fala a respeito:

---

<sup>23</sup> Tradução livre. No original: "*Mais le juge américain est amené malgré lui sur le terrain de la politique [...]. Resserré dans ses limites, le pouvoir accordé aux tribunaux américains de prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois forme encore une des plus puissantes barrières qu'on ait jamais élevées contre la tyrannie des Assemblées politiques.*"

Com efeito, apesar de os países da América Latina terem adotado o presidencialismo, a instabilidade política, quase crônica, de um lado, e a acentuada hipertrofia do Executivo, de outro, dificultaram durante um longo período o desenvolvimento das potencialidades inerentes ao sistema presidencialista. Assim, permaneceram latentes a manifestação da tripartição de poderes e a conseqüente expressão do protagonismo judicial, implícitas nesse tipo de governo. (SADEK, 2011, p. 12).

Explicitando seu argumento, de que o destaque na faculdade de atuação política de magistrados seria um componente intrínseco do modelo institucional presidencialista, Sadek exemplifica:

Trata-se, reafirmamos, de uma potencialidade. Tanto assim que, nos Estados Unidos, a força política do Judiciário não se revelou imediatamente após a promulgação do texto constitucional (1787). A transformação do virtual em real resultou de um processo de fortalecimento da instituição judicial, de uma conquista que foi sendo consolidada no jogo político. (SADEK, 2011, p. 13).

Sua afirmação pode ser confirmada com a leitura do *Federalist Paper* no. 78 (1788), de autoria atribuída a Alexander Hamilton. Embora os federalistas tenham idealizado a existência de um Tribunal Constitucional como um freio contra as facções e uma possível ditadura da maioria, não consideravam o Judiciário como preponderante na relação com os demais poderes. É o que se extrai do trecho citado na introdução.<sup>24</sup>

Assim, a preponderância do Poder Judiciário na arena pública não decorreu imediatamente do texto constitucional de 1787, mas foi resultado de uma construção jurisprudencial que se pode datar. Exatamente 16 anos se passaram do Congresso de Filadélfia até o julgamento do caso *Marbury versus Madison*,<sup>25</sup> em 1803:

---

<sup>24</sup> (Federalist Papers nº 78): “*The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither force nor will, but merely judgment (...)*.” (HAMILTON, 1961)

<sup>25</sup> Conforme explica Paulo Klatau Filho, o caso *Marbury versus Madison* envolveu uma grande controvérsia política acerca de nomeações feitas pelo então Presidente John Adams (mandato de 1797 a 1801), do Partido Federalista que, tendo perdido a campanha para a reeleição presidencial

O primeiro grande êxito do Judiciário na direção de ocupar espaço na arena pública, preenchendo o papel de guardião da Constituição, foi dado em 1803 no caso *Marbury versus Madison*. A Suprema Corte era então presidida por Marshall. Depois da Guerra de Secessão, (1861-1863), com a vitória da União, a Suprema Corte passou de fato a controlar a constitucionalidade de leis, tanto federais como estaduais. Desde então, a participação de juízes na vida pública – uma possibilidade – converteu-se, cada vez mais, em fenômeno concreto. (SADEK, 2011, p. 13).

Sobre a forma como se inaugurou o controle de constitucionalidade, Ernani Carvalho afirma que a grande ironia é que o controle jurisdicional norte-americano não foi previsto constitucionalmente.

Ao invés de partir de uma delegação estrita ou incisiva do poder representativo, como a que ocorreu nos demais países que possuem tal controle, a instituição do controle jurisdicional foi instituída pela própria Suprema Corte norte-americana:

Apesar de a Constituição norte-americana prever o princípio da separação dos poderes classicamente estabelecido por Montesquieu e ter aprimorado a doutrina de controles mútuos do sistema político (prevendo entre outras coisas a Suprema Corte), obra dos artigos federalistas, a instituição do controle jurisdicional foi um feito da própria Suprema Corte norte-americana, ou seja, não foi prevista pelos constituintes de Filadélfia.

Portanto, os pilares que ergueram a possibilidade de o Judiciário intervir no processo decisório dos países ocidentais foram estabelecidos no caso *Marbury versus Madison* pelo *Chief Justice* John Marshall em 1803. (CARVALHO, 2007, p. 165, grifo nosso).

---

de 1801 para Thomas Jefferson, promulgou leis criando mais cargos para juízes federais e juízes de paz, nomeando e empossando praticamente todos no penúltimo dia do seu mandato. Contudo, assim que Thomas Jefferson assumiu a Presidência, ele se negou a empossar os juízes faltantes – integrantes do Partido de John Adams –, alegando que as nomeações eram nulas.

Marbury, um dos juízes de paz nomeados que foi impedido de tomar posse, ajuizou ação contra James Madison, Secretário de Estado de Jefferson, perante a Suprema Corte.

A conclusão da Corte foi no sentido de que ela era legitimada para invalidar a Lei de nomeação de Marbury. Na frase do Ministro da Suprema Corte John Marshall: "(...) a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, considerado essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é nula e que os Tribunais, assim como outros departamentos, são limitados por aquele instrumento. A norma deve ser considerada nula." (KLATAU FILHO, 2003, p. 271).

Finalmente, Maria Tereza Sadek conclui ilustrando com exemplos a riqueza de situações nas quais o Poder Judiciário norte-americano foi chamado a influir na vida política do país:

Com efeito, **magistrados participaram dos principais embates políticos.** Bastaria recordar, apenas como ilustração, a disputa entre o presidente da república Abraham Lincoln e o presidente do tribunal Roger Taney, sobre os **limites do poder do chefe do Executivo em tempos de guerra; o apoio à segregação racial, negando a cidadania para os negros na primeira metade do século XIX; a invalidação de leis sociais que objetivavam limitar a jornada de trabalho, em 1905<sup>26</sup>; a oposição ao *New Deal* do presidente Roosevelt;** a permissão para crianças brancas e negras freqüentarem a mesma sala de aula; **a jurisprudência a favor de minorias, afirmando a igualdade entre os homens; as decisões a favor da pílula anticoncepcional e do aborto.** (SADEK, 2011, p. 13, grifo nosso).

Em resumo, Sadek afirma que um exame da história dos EUA revela de forma inquestionável que a Suprema Corte tem desempenhado um papel proeminente em eventos marcantes daquele país, sendo que o **protagonismo judicial é um dado significativo na história norte-americana**, e que não seria por acaso que os primeiros estudos de natureza política sobre o Judiciário tenham surgido nos Estados Unidos, em uma literatura **marcada pelo debate entre os favoráveis e os contrários ao ativismo judicial.**

Demonstrada a relevância do Poder Judiciário como fruto institucional do arranjo presidencialista, desde a segunda metade do século XX o aumento da participação e importância do Poder Judiciário passou a ser um movimento global, independentemente das distinções entre os sistemas de governo e o sistema jurídico.

Ainda mais relevante se torna a percepção de que o fenômeno não está restrito apenas às Repúblicas Presidencialistas, uma vez que os países Europeus,

---

<sup>26</sup> Caso de referência para a época é o *Lochner v. New York*, de 1905, no qual a corte invalidou a Lei nova-iorquina que limitava a jornada de trabalho dos padeiros em 10 horas diárias e 60 horas semanais, decidindo que a lei estava interferindo de maneira arbitrária no direito e na liberdade individual de contratar.

usualmente em regimes parlamentaristas, também criaram certos mecanismos de controle constitucional:<sup>27</sup>

A rigor, pode-se dizer que, a partir do século XX, a polêmica a respeito dos limites da atuação judicial e da necessidade de se velar pela Constituição universalizou-se, estendendo-se para as democracias européias.

O embate entre Kelsen e Smith [*rectius*, SCHMITT, Carl Schmitt] é paradigmático. **O desenlace a favor da criação de Cortes Constitucionais, como preconizava Kelsen, reafirma a pluralidade de soluções visando a proteger a democracia de ameaças, como a do nazismo.**

Esses Tribunais Constitucionais, especialmente depois da 2ª Guerra, foram instituídos em praticamente todos os países.<sup>28</sup> **Trata-se [sic], contudo, de instituições independentes do Judiciário e com claro acento político partidário.** (SADEK, 2011, p. 14).

Deste modo, o processo de protagonismo judicial acabou por se manifestar também em países parlamentaristas, embora, conforme destaca Sadek (2011, p. 15), “com menor vitalidade, no interior de distintos parâmetros e, conseqüentemente, com margem de manobra mais estreita.”

Sobre essa universalização do protagonismo judicial, Maria Tereza Sadek conclui:

A universalização do protagonismo judicial – a despeito de sua maior ou menor intensidade – permite afirmar que **a concepção estrita sobre a identidade do juiz, como a idealizada no conceito juiz ‘boca da lei’, perdeu força e espaço.** O magistrado dos últimos tempos ampliou consideravelmente sua participação e converteu-se em ator político, variando, contudo, a sua expressão. (SADEK, 2011, p. 15).

---

<sup>27</sup> Afirma Sadek que “os modelos europeus são muito variados. O Conselho Constitucional francês, por exemplo, é formado por membros eleitos e com mandato fixo, exercendo o controle prévio da constitucionalidade apenas de projetos de lei e não de leis em vigor. Já na Itália o controle constitucional se dá, sobretudo, pela via incidental, e não por via principal ou por recursos de inconstitucionalidade.” (SADEK, 2011, p. 14).

<sup>28</sup> Exceto Reino Unido, Holanda e Luxemburgo, nos quais há o modelo de supremacia do Parlamento, sem qualquer modalidade de controle constitucional, como destaca a autora.

Ainda, a distinção entre os modelos jurídicos (se de matriz inglesa, do *Common Law* ou se de matriz continental europeia, da *Civil Law*) tampouco é relevante<sup>29</sup> para determinar o grau de judicialização de uma sociedade.

Maria Tereza Sadek e George Tsebelis são uníssonos neste sentido:

Registre-se, igualmente, que a força dessas mudanças foi de tal magnitude que impulsionou alterações nas instituições de justiça, independentemente do sistema de governo – presidencialismo ou parlamentarismo –, e também do sistema de lei – *civil law* ou *common law*. (...) Nesse sentido, as diferenças entre os Judiciários, ainda que permaneçam expressivas, tornaram-se menores do que as existentes no passado. (SADEK, 2011, p. 10).

No mesmo tom, afirma Tsebelis:

A distinção habitual no direito comparativo é entre países com tradições de direito consuetudinário e de direito civil. Nos países de direito consuetudinário (Reino Unido e todas as suas ex-colônias, como Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, Irlanda, Malta etc.), as 'leis' são vistas menos como atos do Parlamento e mais como a acumulação de decisões e interpretações dos juízes. (...) Em países que seguem a tradição do direito civil, o fundamento da lei é um código legal abrangente e impositivo. (...) Nos países com direito civil, os juízes interpretam a lei, mas não as fazem. **De acordo com essa distinção básica, o papel do Judiciário deveria ser mais importante nos países com direito consuetudinário. Entretanto, análises mais recentes indicam uma convergência dos dois sistemas.** (TSEBELIS, 2009, p. 315-316).

Diante disso, percebemos que embora o modelo institucional do presidencialismo americano seja a fonte do nosso controle de constitucionalidade, ele explica apenas parcialmente as origens da judicialização no Brasil. Assim, consoante a abordagem proposta, seguiremos com a análise das transformações das normas constitucionais que estruturaram o controle de constitucionalidade pátrio.

---

<sup>29</sup> Cumpre destacar que Ernani Carvalho manifesta posição contrária, afirmando a necessidade de um estudo diferenciado entre os processos de judicialização da política ocorridos no âmbito dos tribunais constitucionais das principais correntes do direito ocidental: romano-germânica e *Common Law*. (CARVALHO, 2007, p. 162).

## 2.3 TRAJETÓRIA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DESENHO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

**O poder executivo carece de um poder maior que ele.** Não apenas para arbitrar seus conflitos com o outro poder, o legislativo. [...] O terceiro poder enriquece-se com a discórdia dos dois primeiros, e o árbitro arrisca-se, como Raminagrobis<sup>30</sup>, a acabar devorando aqueles que a ele recorrem. (GARAPON, 1999, p. 44, grifo nosso).

**As alterações ocorridas no controle de constitucionalidade brasileiro foram articuladas, principalmente, pelo Executivo.** [...] O Executivo, em suas diversas faces históricas, foi o verdadeiro arquiteto da política judiciária. Por meio de decretos, criou e regulou por muito tempo o mais alto tribunal da República. (CARVALHO, 2010, p. 200-203, grifo nosso).

Observando do campo filosófico, Antoine Garapon atribui à vontade do Executivo o aumento de poder do Judiciário. A mesma conclusão foi obtida em outras condições históricas e outro hemisfério por Ernani Carvalho, utilizando como método a observação das normas constitucionais brasileiras.

Este tópico colhe seu nome e grande parte de seu conteúdo de outra obra de Ernani Carvalho (2010), na qual o autor traça um histórico das regras institucionais que delimitavam a atuação do STF no controle de constitucionalidade concentrado. Carvalho defende que o aumento da incidência e importância da revisão constitucional pelo STF decorre diretamente da trajetória de implantação e desenvolvimento do controle de constitucionalidade ao longo das constituições republicanas brasileiras. (CARVALHO, 2010, p. 177).

Como já explicitado no método, este trabalho busca expor o fenômeno da judicialização a partir da estrutura institucional, a demonstrar que o papel marcadamente atuante do STF remonta ao desenho constitucional inaugurado em 1988. No mesmo sentido, Ernani Carvalho argumenta que tal **desenho constitucional** tornou-se o grande protagonista das modificações ocorridas no processo decisório judicial e que a expansão do poder judicial pode ser atribuída em

---

<sup>30</sup> Personagem da fábula “*Le chat, la belette et le petit lapin*”, de Jean de La Fontaine, *Raminagrobis* é um velho gato sábio que, chamado a solucionar a intriga entre Jean Lapin e Dame Belette, resolve a disputa devorando ambos os contendores. Embora se trate de uma fábula infantil, a frase final contém forte crítica social: « *Ceci ressemble fort aux débats qu'ont parfois les petits souverains se rapportants aux Rois.* ». Trad. livre : “Isso parece muito com os debates que têm os pequenos senhores quando se dirigem aos Reis”.

grande parte às alterações institucionais que “fortaleceram a autonomia do Judiciário e aumentaram a possibilidade de participação da sociedade no litígio constitucional abstrato”. (CARVALHO, 2010, p. 177-178).

A posição do magistrado no Império caracterizava-se pela sua absorção pelo sistema político. No dizer de Ernani Carvalho (2010, p. 179), “caso o magistrado desempenhasse um papel relevante para a Coroa teria boas chances de ocupar um bom cargo na administração pública imperial e até de ingressar na carreira política.” O amplo ingresso de magistrados na carreira política e administrativa acabava auxiliando para que a magistratura desempenhasse o papel de mediadora informal entre as políticas locais e o centro do poder imperial.

Na primeira constituição republicana (1891), o modelo de controle de constitucionalidade difuso importado dos EUA deslocou o juiz de uma posição informal, na qual não havia regra jurídica que atestasse seu papel político, para uma posição formalizada e constitucionalmente estruturada na separação dos poderes, no federalismo e no controle de constitucionalidade. (CARVALHO, 2010, p. 179).

De atores políticos, os magistrados passaram a verdadeiros árbitros dos conflitos públicos, eis que “o juiz passa formalmente a poder julgar questões do interesse público. Teoricamente sua condição de mediador é revestida de prerrogativas constitucionais<sup>31</sup> que supostamente quebrariam os grilhões de dependência existentes na forma imperial.” Carvalho explica com detalhes:

Ao formalizar a atuação do magistrado como árbitro político, com o estabelecimento do controle de constitucionalidade difuso, a Constituição republicana de 1891 diminui, sensivelmente, o espectro de atuação política dos juízes. No entanto, a formalização produz uma maior autonomia do Judiciário em relação aos poderes representativos. (CARVALHO, 2010, p. 179).

O efeito de tal medida foi o enquadramento do juiz na doutrina clássica da separação dos poderes, modificando as relações políticas entre eles. Carvalho aponta que, se por um lado houve a diminuição da importância dos magistrados no

---

<sup>31</sup> Atualmente as garantias individuais dos magistrados são a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios previstas nos incisos I, II e III do art. 95 da Constituição de 1988. Destas, a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos já estavam previstas no art. 57 da Constituição de 1891.



cenário político nacional – à medida que os juízes deixaram de ser recrutados para compor a elite política e burocrática do país –, por outro lado a autonomia institucional abriu caminho para uma participação política mais discreta e teoricamente imparcial. No dizer de Carvalho (2010, p. 179-180): “Apesar de ser afastado do sistema político tradicional, a magistratura brasileira é convidada a participar desse sistema por outra via, mais afeita à doutrina liberal da época e revestida de garantias funcionais.”

Embora a participação política tenha diminuído, Aliomar Baleeiro (2001, p. 38) afirma que ainda não tinha se encerrado completamente: “Nenhuma disposição proibía a atividade político-partidária dos juízes e, alguns a exerceram. Havia garantia constitucional da vitaliciedade (...) e irredutibilidade de vencimentos.” Outra regra importante para garantir a autonomia também foi destacada por Baleeiro: “Foi abolida a suspensão de Juízes que, no Império, o Executivo podia fazer por ato do Imperador.”

Com relação ao STF, desde a instalação da Casa da Suplicação do Brasil em 10 de maio de 1808, transformada em Supremo Tribunal de Justiça do Império do Brasil pela Constituição do Império (1824) e, posteriormente, em Supremo Tribunal Federal (STF) com a Constituição Republicana de 1891, o órgão jurisdicional teve seu papel modificado e ampliado (CARVALHO, 2010, p. 178).

Embora o STF tenha sido criado<sup>32</sup> no Brasil a partir da primeira Constituição Republicana de 1891, a utilização de uma corte para solucionar os impasses institucionais já havia sido cogitada no tempo do império, como destaca Oscar Vilhena Vieira:

A idéia de colocar uma corte no centro de nosso sistema político não é nova. Como lembra Leda Boechat Rodrigues, **o próprio Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma**

---

<sup>32</sup> Na Constituição de 1824 havia a previsão de um Supremo Tribunal de Justiça (art. 163). Entretanto, na estrutura judicial do Império, tal tribunal não tinha competência para julgar a constitucionalidade de leis ou atos normativos e tampouco podia conceder revista aos Tribunais da Relação existentes nas Províncias, conforme indica Octaciano Nogueira. O autor afirma ainda que “o mais grave, porém, era a praxe disseminada de praticamente todos os juízes suscitarem dúvidas quanto à interpretação das leis, nos casos sob seu julgamento, submetendo os autos, para consulta, aos órgãos do Executivo, por intermédio dos Presidentes de Província.” (NOGUEIRA, 2001, p. 40).

**Corte Suprema como a de Washington.** A epígrafe deste texto, escrita por Rui Barbosa<sup>33</sup>, em 1914, também advoga por uma centralidade política do Supremo, como um órgão de conciliação entre os poderes. A história institucional da República, no entanto, seguiu rumos mais acidentados. O papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais que, no Império, coube ao Poder Moderador, foi exercido, sobretudo, pelo Exército, como reivindica Alfred Stepan, e apenas subsidiariamente pelo Supremo, como propõem José Reinaldo Lima Lopes e eu mesmo. (VIEIRA, 2008, p. 445).

Em 1891, havia apenas o controle de constitucionalidade difuso: “A justiça não revogava a lei inconstitucional nem a declarava tal em tese *erga omnes*, como pode fazer hoje.” (BALEEIRO, 2001, p. 39).

Nas Constituições anteriores à de 1988, a forma de expressar a judicialização mostrou-se muito contida. Na Constituição de 1934 constava expressamente a proibição do Judiciário decidir sobre questões políticas, conforme a redação do art. 68: “é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”.

Entre as restrições aos magistrados e ao Poder Judiciário constantes na Constituição de 1934, destaca Ronaldo Poletti:

O juiz, mesmo em disponibilidade, sob pena de perda do cargo não poderia exercer qualquer outra função pública, salvo o magistério (art. 65). Vedava-se-lhe, ainda, a atividade político-partidária (art. 67); e ao Judiciário, “conhecer as questões exclusivamente políticas.” (POLETTI, 1999, p. 53).

A Constituição de 1934 limitou fortemente o controle de constitucionalidade difuso, ao estabelecer que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser declarada, nos tribunais, por maioria absoluta dos votos de seus juízes<sup>34</sup>. Ronaldo Poletti destaca que o anteprojeto da Constituição era ainda mais rigoroso com o Poder Judiciário, destacando que “o anteprojeto estabelecia [...] que a inconstitucionalidade somente poderia ser decretada por votos de dois terços dos Ministros do Supremo”. (POLETTI, 1999, p. 29).

---

<sup>33</sup> Conforme ressalta Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 441), Rui Barbosa teria redigido grande parte da Constituição de 1891 e mais tarde, teria lamentado que as funções previstas não haviam sido efetivamente concretizadas. Eis a frase de Rui Barbosa que consta da epígrafe do texto de Vieira: “O Supremo Tribunal Federal está de vela na cúpula do estado”.

<sup>34</sup> Eis a redação do art. 179 da Constituição de 1934: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.”

Quanto ao controle de constitucionalidade concentrado, este surgia de forma ainda acanhada, apenas na possibilidade da representação interventiva<sup>35</sup>, como explica Marcos Aurélio Pereira Valadão:

A representação interventiva foi introduzida no ordenamento constitucional brasileiro pela constituição de 1934. Em seu texto, o instituto estava limitado ao controle de normas estaduais. A representação era feita pelo Procurador-Geral da República (provocado pelo Executivo Federal ou por iniciativa própria), e competia ao STF declarar ou não sua inconstitucionalidade, **o que seria necessário para a decretação de intervenção no Estado cuja lei fosse considerada inconstitucional**. Com a constituição de 1937, o instituto foi suprimido, passando os poderes interventivos ao controle do Poder Executivo, aspecto típico de um governo ditatorial que concentra os poderes nas mãos do Executivo central (VALADÃO, 2010, p. 33, grifo nosso).

Foi somente na Constituição de 1946 que se iniciou um processo de ampliação nos poderes atribuídos ao STF. Para Carvalho, a expansão do poder judicial outorgada constitucionalmente é resultado da saída de regimes de exceção para regimes democráticos:

É interessante destacar que as Constituições de 1946 e 1988 não foram elaboradas com base em um projeto preordenado que fosse oferecido previamente à Assembléia Constituinte. Talvez, não por acaso, sejam elas pioneiras na delegação de poderes de controle ao Judiciário. A abertura política antecedida de um regime de exceção criou o ambiente propício às mudanças institucionais que mitigassem o forte poder exercido pelo Executivo. (CARVALHO, 2010, p. 186).

Na Constituição do regime militar, de 1967, embora criada a possibilidade da ação direta de inconstitucionalidade, esta era de iniciativa restrita do Procurador-Geral da República. Isto significava, no dizer de Carvalho (2010, p. 187), que “o

---

<sup>35</sup> Constituição de 1934: “Art. 12. A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...)

V — para assegurar a **observância dos princípios constitucionais** especificados nas letras ‘a’ a ‘h’ do art. 7º, I, e a execução das leis federais; (...)

§ 2º Ocorrendo o primeiro caso do n. V, a intervenção só se efetuará depois que a **corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República**, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe **declarar a constitucionalidade**.

poder de judicializar estava nas mãos do Presidente da República, tendo em vista a grande afinidade do Procurador-Geral da República com a presidência.”

Ainda conforme Carvalho (2010, p. 188), teria havido uma verdadeira **judicialização tutelada**, eis que a participação do STF como mediador privilegiado do embate político só ocorria sob rigoroso controle do que poderia ser judicializado, via legitimação ativa para propor ADI ser outorgada apenas ao Procurador-Geral da República.

Assim, o debate sobre a exclusividade de atuação pelo Procurador-Geral da República se mostrou controvertido, devido principalmente à “legitimidade do pré-julgamento que este fazia das questões conflitivas antes de apresentá-las em forma de representação interventiva. Esse problema tornou-se mais evidente após a Emenda nº 16, de 26/11/1965.” (CARVALHO, 2010, p. 188, grifo nosso).

No contexto do regime militar, autoridades políticas desprovidas de legitimidade legal para propor ação declaratória de inconstitucionalidade queriam que o Procurador-Geral da República se tornasse porta voz de seus interesses. Com ironia, Carvalho (2010, p. 191) afirma que como “a engenharia institucional montada pelos militares não contemplava essa cortesia, não tardou para que isso gerasse muita celeuma política e vastas discussões jurídicas.”

A arquitetura institucional altamente centralizada imposta pelos militares estaria caracterizada pelo forte vínculo político que o Procurador-Geral da República possuía com o Presidente, garantindo, por meio do monopólio da propositura de ADIs, grande controle por parte do Executivo das matérias adjudicadas pelo STF. Para essa polêmica estrutura institucional intensamente criticada pelos opositores do regime militar, anota Carvalho (2010, p. 191), “os constituintes de 1988 deram a resposta.”

A resposta veio na forma de ampliação da legitimação ativa para propositura de ADIs. Eis a grande alteração introduzida pela democracia e a Constituição de 1988 para a participação ativa do Judiciário na vida política:

De uma forma geral, não há como negar a participação cada vez mais ativa do Judiciário na política. [...] Se considerarmos o controle de constitucionalidade como o ponto chave desse processo, a principal

alteração nesse sentido foi, sem dúvida, **a ampliação da capacidade de propositura da ação direta de inconstitucionalidade, ou mais especificamente, o art. 103 da Constituição Federal.**<sup>36</sup> (CARVALHO, 2010, p. 195).

Carvalho (2010, p. 196) destaca que o Congresso Nacional não adotou o modelo existente na maioria dos países que possuíam o controle abstrato. Na forma de controle de constitucionalidade preponderante na Europa,<sup>37</sup> a legitimidade para propor ADIs está restrita a 1/3 do parlamento, de forma que o controle de agenda sobre o que pode ser judicializado é mantido pelo Poder Legislativo, de forma mais rigorosa que no modelo da Constituição de 1988.

Como explicação para a ampliação significativa no modelo adotado pelo constituinte de 1987-1988, Ernani Carvalho (2010, p. 191) nota que a insatisfação generalizada de lideranças políticas em não ter suas queixas encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República durante o regime militar teria potencializado o ímpeto do constituinte para ampliar o rol de legitimados.

À guisa de ilustração, Bruno Zilberman Vainer narra o caso da polêmica envolvendo a (in)constitucionalidade da lei da censura e insatisfação do Movimento Democrático Brasileiro (MDB):

Foi durante o período ditatorial que começaram – e efervesceram – as discussões acerca da titularidade unicamente do Procurador – Geral da República para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, principalmente após o Decreto – Lei do Governo Federal que instituiu a censura prévia de livros, revistas e jornais no país.

---

<sup>36</sup> Conforme o artigo 103 da Constituição de 1988, os legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade são: o Presidente da República, o Procurador-Geral da República, as mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, os Governadores de Estados, o Conselho Federal da OAB, Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e Confederações ou Entidade de Classe de âmbito nacional.

<sup>37</sup> Notável exceção é o modelo adotado na Alemanha, que permite ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre reclamações constitucionais interpostas por qualquer pessoa (quando lesada em seus direitos fundamentais). Assim consta no texto da *Grundgesetz* (Art. 93, abs. I, 4a): *Das Bundesverfassungsgericht entscheidet [...] über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Absatz 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein;*

De fato, referido decreto originou tamanha indignação que o partido político da oposição, o MDB, solicitou ao então Procurador – Geral da República que instaurasse o controle de constitucionalidade.

Contudo, após a resposta do Procurador – Geral, que disse não estar obrigado por lei à instauração do controle abstrato, surgiu grande celeuma acerca do assunto, com opiniões de importantes juristas defendendo os dois lados da questão. (VAINER, 2009, p. 221).

Em resumo, Ernani Carvalho afirma que a trajetória do controle de constitucionalidade no Brasil foi alvo de significativas alterações, desde sua importação dos EUA na forma difusa pela Constituição de 1891 até o atual formato do controle de constitucionalidade na Constituição de 1988.

Por relevante, transcreve-se a linha do tempo proposta por Ernani Carvalho:

1) Na Constituição de 1891, podemos afirmar que **o modelo difuso implantado (cópia do que funcionava nos Estados Unidos), em sua vertente pura, impede qualquer tipo de controle por parte do Executivo**, apesar da ausência de interferência por parte do Executivo, esse modelo foi implantado no Brasil, provavelmente porque a importância do Judiciário no cenário político da época era pequena;

2) **Na Constituição de 1934, a liberdade dada ao Judiciário pela Constituição de 1891 é revista, cristaliza-se a noção de não interferência do Judiciário em assuntos políticos ao prescrever que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais**, restringindo, assim, seu campo de atuação. Nessa mesma direção, a referida Constituição também trazia em seu artigo 68 um recado explícito do constituinte ao Judiciário: “é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”. Ao passo que restringia a atuação do Judiciário em sua arena difusa, o constituinte ampliava a participação dessa instituição por uma via mais centralizada e estratégica. Estamos falando da alteração mais significativa, que foi a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República que versava sobre conflitos federativos. **Portanto, fica claro o desenho de um vigoroso controle, para qual foram criados constrangimentos, seja limitando as decisões por maioria, seja proibindo o conhecimento de conflitos políticos, ou ainda, reservando ao Procurador-Geral da República, homem de confiança do Presidente, a representação interventiva.**

3) A Constituição de 1946, como já foi dito, preservou alguns aspectos da Constituição de 1934 como: a) a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade e b) manteve a atribuição do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1946 também alterou a representação interventiva efetuada pelo Procurador-Geral da República estabelecendo explicitamente os princípios em que o Procurador podia basear sua representação de inconstitucionalidade. Isso pode ser interpretado como uma restrição, visto que no formato anterior não havia nenhuma indicação formal. Tudo isso indica que **não houve, no que tange ao controle de constitucionalidade, alterações significativas [...]**.

4) **Na Constituição de 1967 ocorreu um expressivo aumento da jurisdição passível de ser acionada por ação direta de inconstitucionalidade pelo Procurador-Geral da República. Como vimos, além do controle abstrato de normas estaduais e federais**, o Procurador-Geral da República teve a ampliação de sua representação para fins de intervenção.[...].

5) **A Constituição de 1988 quebra de vez com qualquer perspectiva de controle ou constrangimento por parte do Executivo.** O rol de legitimados do artigo 103 da Constituição Federal: Presidente da República, as mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, os Governadores de Estado, o Conselho Federal da OAB, os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional e as Confederações ou Entidades de Classe de âmbito nacional, juntamente com a infinita capacidade que a Constituição de 1988 oferece de ser questionada em juízo, estes, são ingredientes resistíveis a qualquer forma de centralização do processo político. (CARVALHO, 2010, p. 200-201, grifos nossos).

Assim, conforme Carvalho (2010, p. 203), o aumento do número de legitimados ativos para propositura de ADIs na Constituição de 1988 – quebrando o monopólio de propositura da ação de revisão abstrata pelo Procurador-Geral da República – “culminou em um aumento também expressivo de ações de revisão judicial.”

No mesmo sentido, Oscar Vilhena Vieira, afirma que a expansão, para outros atores políticos, da possibilidade de provocação do controle de constitucionalidade teria transformando o STF em uma “câmara de revisão de decisões majoritárias”:

A politização desta esfera de jurisdição do Tribunal foi expandida em relação ao período constitucional anterior, na medida em que a legitimidade para a proposição de ações diretas foi conferida a novos atores políticos e sociais, conforme disposto pelo artigo 103 da Constituição Federal, superando a fase em que as chaves de acesso ao controle direto de constitucionalidade pelo Supremo só eram conferidas ao Procurador Geral da República. Essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa. (VIEIRA, 2004, p. 447-448).

Mas para Vieira, o aumento das ações de revisão judicial seria principalmente fruto da ambição hiperlegislativa do constituinte. Conforme Vieira (2008, p. 446), a desconfiança com relação aos legisladores ordinários teria levado o constituinte de 1987-88 a legislar sobre tudo. Assim, prossegue Vieira, a Constituição “transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e

obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador”.

Este processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito, liderado pelo texto de 1988, criou, no entanto, uma enorme esfera de tensão constitucional e, conseqüentemente, gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo. (VIEIRA, 2004, p. 447).

Para Ernani Carvalho, outro notável efeito da mudança institucional teria sido a redução do significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso. Para o autor, ao ampliar, de forma significativa o círculo de legitimados ativos aptos a provocar o Supremo Tribunal Federal no processo de controle abstrato das normas, o constituinte acabou por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.<sup>38</sup>

Tal esvaziamento do controle difuso teria ocorrido em grande parte por conta das vantagens do controle concentrado, em dois pontos de vista:

- 1) Ponto de vista político: a **ausência de custo político para quem propõe**, a possibilidade de veto de uma proposta do Executivo ou da maioria legislativa, o caráter de maior visibilidade de uma ação direta de inconstitucionalidade e seu **efeito midiático provocado pela abrangência erga omnes do julgamento**;
- 2) Ponto de vista jurídico: a **ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado**, mediante pedido de cautelar. (CARVALHO, 2010, p. 196).

---

<sup>38</sup> Uma explicação necessária: O controle difuso, tido como mitigado, aqui se refere ao controle de constitucionalidade pela na forma de Recurso Extraordinário ao STF. Trata-se, portanto, de análise que a via concentrada (das ADIs e congêneres) teria mitigado a importância da via incidental no STF. Destaque-se que o controle difuso, realizado por magistrados de outras instâncias não foi alvo da análise de Ernani Carvalho no artigo consultado (2010).



Entretanto, cumpre destacar que tal preponderância do controle concentrado recebe críticas. Extenso estudo empírico orientado pelos pesquisadores Alexandre Costa e Juliano Benvindo<sup>39</sup> reprovou o esvaziamento do controle difuso:

Essas conclusões, que decorrem de direta referência empírica,<sup>40</sup> mostram que há um severo descompasso entre a prática jurisdicional e a teoria de que a Constituição de 1988, ao ampliar os legitimados, teria construído um “sistema de defesa da Constituição tão completo e tão bem estruturado que, no particular, nada a fica a dever aos mais avançados ordenamentos jurídicos da atualidade”. Fica evidenciada, nessa análise, que esse tão bem estruturado e tão completo sistema **não tem efetivamente desenvolvido uma verdadeira defesa dos direitos e garantias fundamentais, tampouco a ampliação dos legitimados favoreceu esse movimento.**

Ao contrário, a Constituição e os movimentos legais e jurisprudenciais posteriores favoreceram a construção de um processo gradual, mas efetivo, **de retirada de outras vias, como o controle difuso e concreto, como instrumento para essa defesa de direitos e garantias fundamentais.**

A ampliação do controle concentrado, pouco cidadão e pouco efetivo na defesa de direitos e garantias fundamentais, vem sendo acompanhada da subtração da discursividade que acontece no sistema difuso. Em síntese, há um claro problema que agora começa a ser diagnosticado e que precisa de um forte debate cívico em torno do papel que devemos esperar de uma corte constitucional. (COSTA *et. al.*, 2010, p. 43).

Não obstante as preocupantes conclusões da pesquisa com relação à ineficácia do controle concentrado na defesa dos direitos e garantias fundamentais (COSTA *et. al.*, 2010), para a continuidade deste trabalho nos interessam especificamente as vantagens apontadas por Carvalho (2010, p. 196), dado que

---

<sup>39</sup> O artigo, intitulado “**A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs**” foi apresentado no 7o. Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, em Recife-PE.

<sup>40</sup> Os dados levantados pelos autores demonstram que “este controle efetuado mediante ADIs não interessa a boa parte dos legitimados, dado que eles não o utilizaram de forma frequente nem de modo eficaz. O Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado e as Assembleias Legislativas dos estados fizeram um uso bastante restrito desse instituto. Juntos, esses quatro legitimados respondem por menos de 2% das ADIs ajuizadas, seja no universo analisado nesta pesquisa, seja no universo total dos processos. A Mesa da Câmara sequer chegou a propor qualquer ação, desde a criação do instituto, e a Mesa do Senado somente levou uma questão ao STF por meio de ADI. (...) Situação diversa está nos outros quatro grupos de legitimados, que têm uma participação bastante ativa, respondendo cada um deles por 20 a 30% do total de ações. São eles: os partidos políticos, o Procurador-Geral da República, as entidades de Classe e os Governadores de Estado. Entre eles, os que mais se beneficiam diretamente das ADIs são os governadores, que contam com o maior índice de êxito e com a maior quantidade bruta de processos julgados e deferidos. E o perfil das decisões indica que elas beneficiam diretamente os Governadores envolvidos, na medida em que resultam normalmente dos conflitos políticos entre os Governadores e as assembleias legislativas.” (COSTA *et al.* 2010, p. 39-40).

servirão de explicação para o intenso uso das vias de controle concentrado de constitucionalidade por atores políticos que veremos no terceiro capítulo.

Desta forma, faremos adiante uma síntese das origens e da trajetória constitucional brasileira, destacando os elementos que serão relevantes para a continuidade deste trabalho.

## 2.4 CONCLUSÃO

Vimos que o desenho constitucional norte-americano de 1787 deixou o Poder Judiciário em posição de destaque em um arranjo institucional no qual se buscava proteção contra maiorias legislativas eventuais, mas contrárias aos interesses dos constituintes. A efetiva instalação do controle de constitucionalidade (*judicial review*), no entanto, não se deu por obra de delegação de poderes ao Judiciário, mas por obra da própria criação jurisprudencial, tendo como marco o julgamento de *Marbury v. Madison* em 1803.

No Brasil, a Constituição republicana de 1891 importou do modelo norte-americano o controle de constitucionalidade. O controle, exercido sobre casos concretos na forma difusa, não teve grande impacto sobre questões políticas, uma vez que a estrutura judiciária brasileira não adotava nenhum método para a vinculação dos precedentes julgados pelo STF – diferentemente do sistema da *common law* onde se originou o instituto.

Ao longo das sucessivas modificações constitucionais, o Brasil caminhou para a adoção do controle concentrado de constitucionalidade, primeiramente apenas com objetivos centralizadores (a representação interventiva), então para atacar também leis estaduais e, finalmente, em abstrato, mas somente por iniciativa do Procurador-Geral da República.

Foi a partir de 1988, com o alargamento dos legitimados (art. 103 da CF 1988) para 9 diferentes categorias, que o controle passou a ser amplamente exercido.

Entretanto, com a manutenção da possibilidade do controle difuso pela via incidental – seja por qualquer magistrado, seja pela via recursal ao STF, mas sempre no caso concreto – nosso sistema manifesta originalidade com relação aos demais modelos existentes, eis que reúne ampla possibilidade de formas para questionar atos políticos em face do Poder Judiciário e assim *judicializar* debates políticos.

Peculiaridade que nos interessa, particularmente, é que, diferentemente do caso americano (em que o *judicial review* foi “criado” pela própria Suprema Corte), no Brasil os poderes de revisão constitucional do Poder Judiciário foram expressamente delegados pelos poderes políticos. Ao longo da história constitucional brasileira, pode-se perceber que a atribuição do *judicial review* foi sendo progressivamente estendido, pela própria iniciativa dos demais poderes da república – Executivo e Legislativo –, o que demonstra que o atual arranjo institucional se deu em decorrência da vontade política.

Com relação às mudanças institucionais operadas pela Constituição de 1988, podemos sintetizar 3 elementos de destacada importância para a reflexão que propomos:

1. O processo de fortalecimento do Judiciário em face dos demais ramos de poder foi **lento e estrategicamente autorizado pelo Executivo**. Na história política brasileira, repleta de passagens autoritárias, a dependência política dos tribunais em face do Poder Legislativo e, principalmente, do Poder Executivo, só perde força na Constituição de 1988.
2. Ainda, **a busca por uma maior autonomia e independência do Judiciário**, embora tenha sido uma constante na história constitucional, **só tomou fortes contornos na Constituição de 1988**. No dizer de Ernani Carvalho (2010, p. 203), “a autonomia conquistada será um importante vetor explicativo do processo de judicialização da política.”
3. Por fim, o processo de expansão da autoridade judicial torna-se mais intenso com a adoção de constituições detalhistas, ou “ambiciosas” como prefere Vieira (2008, p. 443) ao afirmar que “muitas constituições

contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao legislativo e ao executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte”. Neste aspecto, a incumbência de zelar pela guarda da Constituição transforma o Poder Judiciário no espaço privilegiado de deliberação dos grandes debates políticos.

### 3. SENTIDOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

#### 3.1 EM BUSCA DE COORDENADAS: UMA EXPRESSÃO POLISSÊMICA

Passo inevitável para direcionar o tema proposto passa pela **delimitação semântica** da expressão “judicialização da política”.

Trata-se de uma expressão polissêmica que pode ser encontrada na literatura jurídica e de ciência política em variados sentidos, ora enfatizando o uso do poder judiciário como arena de disputas políticas – destacando a migração de temas de natureza política que, abandonando a arena legislativa, passam a ser debatidos na arena judiciária –, ora descrevendo o efeito de decisões proferidas pelo STF em temas de grande repercussão social.

Os autores que se debruçam sobre o tema mencionam a pluralidade dos usos encontrados para a expressão, como ilustra Ernani Carvalho (2004, p. 122): “[...] temos um problema para conceituar, caracterizar e medir o processo de judicialização da política.”

Ainda é comum encontrarmos definições que explicam os efeitos do fenômeno como sendo responsáveis por sua própria causa. Isto é, ao misturar causa e efeito, os argumentos tornam-se auto-referentes e carecem de lógica. Isto ocorre na explicação de Tate e Vallinder (1995), por exemplo, de que a judicialização seria resultado da transferência da tomada de decisão do Legislativo para o Judiciário. Afinal, tal transferência é **causa e efeito** da judicialização.<sup>41</sup>

Muitas das definições são tautológicas, como nos adverte Carvalho:

Mesmo sem uma justificativa causal para o processo de expansão do poder judicial, a literatura avança a uma suposta caracterização das condições institucionais. Quase que de maneira automática, as causas e as condições são correlacionadas com o aumento da litigância processual e, conseqüentemente, com um processo de judicialização da política. Portanto, existe um argumento tautológico por trás da definição e caracterização da judicialização da política. (CARVALHO, 2004, p. 122).

---

<sup>41</sup> Retomaremos esse assunto no final do capítulo

Tal situação se dá pela amplitude das abordagens, nas quais causas e efeitos se misturam na observação do fenômeno. Ainda, no dizer de Carvalho e Marona:

Parece que há duas preocupações distintas a guiar as análises acerca do fenômeno: uma, de cunho mais **sociológico, que toma a judicialização como consequência de um processo de modificação social a alterar a as relações entre Estado e Sociedade Civil, fazendo do Judiciário um local adequado para promoção da cidadania**; outra, de cunho institucional, preocupada em observar as relações interinstitucionais, que toma a **judicialização como consequência de um conjunto de ações estratégicas, desenvolvidas no interior do Estado**. (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 14).

Em resumo: há uma grande confusão nos sentidos atribuídos à judicialização da política, dando seus efeitos como razão de suas causas, e não o contrário.

O esforço de delimitar os sentidos da expressão e de enumerar seus usos não é inédito. Entretanto, trabalhos específicos que forneçam coordenadas sobre o termo são escassos. Na bibliografia pesquisada, encontramos dois artigos<sup>42</sup> que trazem essa preocupação e se destacam neste sentido.

No próximo tópico, enumeramos os sentidos encontrados, buscando agrupá-los em grandes áreas (3.2) para, finalmente, isolar os fatores institucionais que nos interessam para a análise pretendida (3.3).

### 3.1.1 Diferentes nomes, mesmo fenômeno: sinônimos e parônimos

Tema extremamente debatido, nos últimos tempos, é o da 'interferência' do Poder Judiciário nas questões de governo. Aquilo que deveria estar circunscrito ao embate, à luta política, estaria sendo objeto de decisões judiciais. Fala-se em governo dos juízes<sup>43</sup>, judiciarismo<sup>44</sup>, judicialização da

---

<sup>42</sup> Dentre os trabalhos que se dedicaram à análise dos sentidos da Judicialização da Política destacam-se: Por um conceito operacional de judicialização da política, apresentado no 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política em agosto de 2010 por Ernani Carvalho e Marjorie Corrêa Marona e o artigo Sentidos da judicialização da política: duas análises, publicado por Débora Alves Maciel e Andrei Koerner na revista Lua Nova, nº 57, 2002. p.113-133.

<sup>43</sup> Parônimo, está presente nos discursos políticos, é o medo de uma ditadura dos juízes. "Expressão oriunda dos EUA durante o período de expansão do controle de constitucionalidade da Suprema Corte" (LAMBERT, Edouard. *Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation Sociale aux Etats-Unis*. Paris : Giard, 1921, *apud* SILVA, 2004. p. 79).

política, judiocracia<sup>45</sup>, ativismo judicial<sup>46</sup>, juridicização do fato político.<sup>47</sup> (SILVA, 2004, p. 79-80).

Em sua tese do processo civil como estratégia de poder, Carlos Augusto Silva enumera expressões que povoaram o léxico da relação entre o Poder Judiciário e a política. À lista de expressões colhidas pelo autor, poder-se-ia somar ainda mais algumas, como 'supremocracia'<sup>48</sup>, expansão do judiciário<sup>49</sup> e politização do judiciário.<sup>50</sup>

Das expressões mencionadas, várias carregam em si uma carga negativa, de crítica à atuação do Poder Judiciário, ora com contornos de ditadura de uma aristocracia togada (governo dos juízes, judicialismo, judiocracia, ativismo judicial, supremocracia), ora com nuances menos severas, mas ainda como anomalias na relação entre os Poderes do Estado (expansão e politização do judiciário).

Questão intrigante é a de que, com tantas formas de nomear o fenômeno, a expressão 'judicialização da política' tem despontado como a denominação em voga nos trabalhos acadêmicos de ciência política, e crescentemente nos trabalhos jurídicos, como se pode ver da bibliografia coletada.<sup>51</sup>

---

<sup>44</sup> Sinônimo. "Termo usado pelo Ministro do STF Orozimbo Nonato (voto proferido na Representação 94-RS. Revista Forense, Rio de Janeiro, p. 109, mar. de 1948" (*apud* SILVA, 2004. p. 79).

<sup>45</sup> Sinônimo do Governo de Juízes. (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. Ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 325, *apud* SILVA, 2004. p. 80).

<sup>46</sup> Parônimo, foi muito estudado nos anos 60. Transfere para o campo do judiciário o ativismo, tido como antônimo da passividade política. Conforme Silva, "a palavra *judicial activism* surge nos EUA para designar a participação cada vez maior do Judiciário nas questões políticas. (*apud* SILVA, 2004. p. 80).

<sup>47</sup> Sinônimo utilizado por Luís Roberto Barroso no livro *O Direito Constitucional e a Efetivação de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66-73 (*apud* SILVA, 2004. p. 80).

<sup>48</sup> Governo dos ministros do STF, visão crítica adotada por Oscar Vilhena Vieira em artigo homônimo (VIEIRA, 2008, p. 441-463).

<sup>49</sup> (TATE e VALLINDER, 1995).

<sup>50</sup> (TAYLOR, 2007, p. 3).

<sup>51</sup> Chamar de 'judicialização' indica um olhar de fora, exógeno ao direito. Pressupõe que a explicação do fenômeno ultrapassa a simples norma e seja explicada pela conjuntura social e econômica. Entretanto, nosso intuito aqui não é acrescentar mais uma nomenclatura ao fenômeno. Não tendo pretensões de inaugurar nova escola, mas de apenas descrever o atual estado da literatura.

À falta de autores que expliquem a questão, lançamo-nos ao puro exercício especulativo. Diferentemente das demais expressões, ‘judicialização da política’ **não costuma carregar em si um juízo valorativo**, uma carga negativa ou positiva do fenômeno, mas apenas descritiva.

O adjetivo judicializar pode ser entendido naturalmente como transformar algo em processo judicial. No campo do direito há palavras específicas utilizadas para descrever a apresentação de uma demanda em juízo, como ‘aforar’ (levar ao foro judicial) ou ainda ‘jurisdicionarizar’<sup>52</sup> algo (levar à jurisdição).

Portanto, em linhas gerais, ‘jurisdicionarizar’, ‘juridificar’ ou ‘judicializar’ a política servem de sinônimos. Cumpre destacar que destas, a última é a recorrente na literatura em inglês, sendo natural que os primeiros trabalhos relevantes sobre o assunto na ciência política brasileira tenham importado a forma já consagrada em outros continentes.

Mais importante do que definir esses diferentes nomes, cumpre dar ênfase ao destaque que a literatura tem dado à posição de protagonismo das cortes, da qual a profusão de termos e expressões constitui mero reflexo.

### 3.1.2 O sentido clássico: Expansão do Poder Judicial

A expressão ‘Judicialização da Política’ foi descrita por vários autores em 1995<sup>53</sup>, na coletânea ‘A expansão global do poder judicial’<sup>54</sup> editada por C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder. Trata-se de uma coletânea de artigos<sup>55</sup> organizados após o

---

<sup>52</sup> ‘Jurisdicionarização da política’ seria, talvez, expressão mais palatável aos juristas, avessos ao uso do adjetivo judicial. Não por acaso, seja tendência no mundo jurídico, como na obra coletiva ‘O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas’. (GRINOVER e WATANABE (org.), 2011).

<sup>53</sup> Não podemos afirmar de forma precisa a primeira aparição da expressão. Embora na literatura pesquisada a grande maioria dos autores fizeram referência à obra de Tate e Vallinder como sendo a pioneira em seu uso, Carlos Augusto Silva indica em nota que Karl Loewenstein já teria utilizado a expressão em sua obra *Teoría de la Constitución*, de 1970. (SILVA, 2004, p. 80).

<sup>54</sup> TATE e VALLINDER, 1995.

<sup>55</sup> Dentre os autores de artigos do livro, além de Tate e Vallinder, estão Martin Shapiro, Alec Stone Sweet, Martin Edelman e Christine Landfried.



seminário *'The Judicialization of Politics'* organizado pela Associação Internacional de Ciência Política em Bolonha, na Itália, em 1992.

No sentido que permeia a obra, a judicialização da política teria dois grandes significados: a expansão do poder judicial (tribunais e juízes) às expensas dos políticos e a propagação do método jurídico de tomada de decisão em detrimento do método legislativo.<sup>56</sup>

De acordo com Neal Tate e Torbjörn Vallinder, a 'judicialização da política' ocorreria com a adoção dos 'métodos típicos da decisão judicial' na resolução de disputas nas arenas políticas em dois contextos: na magistratura e na legislatura.<sup>57</sup>

Tal método típico da decisão judicial é o que Martin Shapiro (1981, p. 1) aponta como sendo a "lógica da tríade na resolução de conflitos"<sup>58</sup>. Isto é, aos contendores, em um conflito que não conseguem resolver, a solução natural seria chamar um terceiro para arbitrar a disputa. Trata-se, ainda segundo Shapiro, da base da legitimidade dos tribunais em qualquer lugar do mundo, explicando a razão das cortes terem-se tornado um fenômeno político universal.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> "Assim, a judicialização da política deve normalmente significar: (1) a expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais, ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial". (TATE e VALLINDER, 1995, p. 05, **grifo nosso**).

<sup>57</sup> Conforme sintetizam Maciel e Koerner, "o primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do **poder de revisão judicial** de ações legislativas e executivas, baseado na **constitucionalização de direitos** e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão de *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito). Essas duas formas de judicialização são denominadas, respectivamente, *from without* e *from within*." (MACIEL e KOERNER, 2002, p. 114-115).

<sup>58</sup> No original, "*The Logic of the Triad in Conflict Resolution*". (SHAPIRO, 1981, p. 1). Ver também a explicação de Alec Stone Sweet sobre a construção do Poder Judicial com base no que Stone Sweet chama de "*triadic dispute resolution*", ou *TDR*. (STONE SWEET, 2000, p. 12).

<sup>59</sup> Paráfrase livre do original: "(...) *whenever two persons come into a conflict that they cannot themselves solve, one solution appealing to common sense is to call upon a third for assistance in achieving a resolution. So universal across both time and space is this simple social invention of triads that we can discover almost no society that fails to employ it. And from its overwhelming appeal to common sense stems the basic political legitimacy of courts everywhere. In short, the triad for purposes of conflict resolution is the basic social logic of courts, a logic so compelling that courts have become a universal political phenomenon*". (SHAPIRO, 1981, p. 1, **grifo nosso**).

Em uma análise bastante detalhada da obra de Tate e Vallinder, Vanessa Elias de Oliveira (2005, p. 563) afirma que a definição dada pelos autores para a judicialização da política tem como pressuposto uma postura politicamente ativa dos juízes.

Entretanto, como explica Ernani Carvalho, a 'judicialização da política' como expansão do poder judicial, no conceito dado por Tate e Vallinder, ainda não é operacional:

A literatura que se ocupa dessa questão tomou por empréstimo a definição dada por Tate e Vallinder: **judicialização é a reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição**. Ao fazer essa revisão, o Judiciário estaria ampliando seu poder com relação aos demais poderes. [...] **A abordagem utilizada por esses autores não esgota o assunto – ao contrário, apenas inicia o debate**. (CARVALHO, 2004, p. 116).

Isto porque faltaria separar de forma eficiente o que seriam variáveis institucionais (observando a estrutura jurídico-constitucional de cada país) e as demais variáveis (disposição dos magistrados de impor sua vontade política, intencionalidade dos atores políticos, etc.) que, na definição de Tate e Vallinder, estariam compondo a 'judicialização da política', mas não servem à abordagem institucionalista.

### 3.1.3 Mesmo nome, vários sentidos: uma expressão polissêmica

No artigo 'Por um conceito operacional de judicialização da política', Ernani Carvalho e Marjorie Corrêa Marona (2010) realizam um minucioso esforço para enumerar as definições encontradas na literatura para a **judicialização da política**, organizando o quadro que reproduzimos abaixo:

Quadro 1: Definições para a judicialização da política

- |   |
|---|
| (1) Efeito que a jurisdição constitucional pode exercer sobre políticas públicas, preferências majoritárias e valores sociais |
| (2) Crescente utilização do Judiciário como meio de resolução de conflitos gerados na arena política.                         |

(3) Interferência do Poder Judiciário em questões eminentemente políticas.
(4) Expansão do Poder Judiciário
(5) Ampliação do poder de decisão, para executar e criar leis, do sistema judiciário.
(6) Adoção, pelo Executivo e Legislativo, de procedimentos típicos da lógica judicial.
(7) Capacidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas.
(8) Crescente intervenção do Poder Judiciário nos processos decisórios das democracias contemporâneas.
(9) O Judiciário como veículo para o exercício da Cidadania.

(CARVALHO e MARONA, 2010, p. 11-12).

Os autores indicam que das definições listadas haveria duas perspectivas analíticas do fenômeno da judicialização da política.

A primeira perspectiva seria tratá-lo como um **fenômeno de origem cultural** (ligado à expansão do conceito de cidadania e à modificação das relações entre Estado e Sociedade Civil) enquanto que outro prisma analítico enfatiza **reorganização institucional**, observando a modificação das relações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 14).

Carvalho e Marona enumeram ainda as causas encontradas na literatura para a judicialização da política no Brasil:

#### Quadro 2: causas para a judicialização da política no Brasil

(1) Constituição brasileira: ampliação da concepção dos direitos fundamentais, que funcionam como programas de ação a impor um dever de ação do Estado, cuja efetivação depende de um amplo processo hermenêutico, levado a cabo pelos Tribunais.
(2) Estímulo, via legislação, a partir da década de 90, dos canais da representação funcional, tornado a Justiça capilar.
(3) Institucionalização das ações coletivas
(4) Submissão do poder soberano às leis que ele mesmo outorgou.

(CARVALHO e MARONA, 2010, p. 12).

Como passo necessário para esclarecer como se relacionam essas perspectivas, vamos tratar do fenômeno do ativismo judicial, buscando estabelecer bases de distinção claras entre o ativismo e a judicialização da política.

### 3.1.4 Distinguindo judicialização de ativismo

No meio jurídico, costumou-se descrever o excesso de liberdade decisional dos magistrados – em contrariedade ou mero desprezo pelo direito legislado – como sendo resultado do **ativismo judicial**. A expressão, empregada normalmente para descrever negativamente o fenômeno, também é frequentemente associada aos estudos da judicialização da política.

Na ciência política, há vários exemplos de abordagens que incluem variáveis não institucionais, como o contexto social ou o comportamento dos magistrados, em uma perspectiva chamada de **normativa** por Ernani Carvalho e Marjorie Marona (2010, p. 11)<sup>60</sup>.

Exemplo de tal abordagem pode ser encontrado em Vanessa Oliveira. Em sua dissertação de mestrado defendida no Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, em 2003, Oliveira incorporou o **ativismo judicial** à definição de **judicialização da política**. Tratando das ações judiciais envolvendo a política de privatizações dos anos 90, Vanessa Oliveira (2005, p. 559) concluiu que não teria havido judicialização da política, eis que os membros do judiciário brasileiro não haviam demonstrado “preferência judicial por políticas públicas”.

Para defender seu argumento, Oliveira desenvolveu o conceito de “ciclo da judicialização da política”, composto por três fases: (i) o acionamento do Poder Judiciário através do ajuizamento de processos (o que chamou de *Politização da*

---

<sup>60</sup> Assim afirmam Carvalho e Marona (2010, p. 11): “A perspectiva normativa (Rogério Arantes, Werneck Vianna, Marcelo Burgos, Vanessa de Oliveira e Gisele de Araújo) explora o significado da judicialização da política para as relações entre sociedade e Estado. Assim, os autores se debruçam sobre análise empírica das ações coletivas, sobre a atuação do Ministério Público, incluindo sempre variáveis não institucionais, tais como o contexto social ou o comportamento dos magistrados.”

*Justiça*); (ii) o julgamento do pedido liminar, caso haja o pedido, e (iii) o julgamento do mérito da ação. (OLIVEIRA, 2005, p. 560).

Para a autora, o ciclo da judicialização apenas estaria completo quando julgado o mérito da ação. Nesse sentido, só haveria a judicialização quando o Judiciário respondesse à demanda – independentemente da decisão. Assim, afirma Oliveira (2005, p. 583), só haveria judicialização quando juízes apresentam uma postura política ou ideológica contrária àquela predominante nas instituições majoritárias e opondo-se às políticas adotadas.

Portanto, parto do pressuposto de que não se pode falar em judicialização da política somente em função do acionamento do Judiciário pela sociedade civil, pelos partidos ou pelo ministério público (que seria apenas a primeira etapa do ciclo, a politização da justiça), sem que haja uma resposta (isto é, o julgamento do mérito das ações, independentemente se a favor ou contra) às ações impetradas.

Nesse sentido, pode ocorrer a judicialização apenas quando o Judiciário responde à demanda, independentemente da decisão à qual chega. Ao contrário, não há judicialização – quando o Judiciário é acionado, mas não responde à solicitação, mesmo que a medida cautelar do processo (liminar) seja julgada (cuja apreciação é de caráter emergencial); nesse caso, há apenas uma politização da justiça, uma vez que o resultado prático ainda não é a interferência do Judiciário na política. (OLIVEIRA, 2005, p. 560).

Como resultado do extenso trabalho de análise das ações que questionaram a política de privatizações de empresas estatais nos anos 90, Oliveira sintetiza que apenas uma das 39 ADIs teve o mérito julgado – sem reverter o processo de desestatização – e que 26 delas foram extintas sem julgamento de mérito:

Nesse sentido, analisei os dados obtidos, em um total de 842 ações, com ênfase no acionamento do Poder Judiciário por associações de classe, sindicatos e partidos políticos contra a política de privatizações. Somadas a essas ações, considerei ainda outras 39 Adins, impetradas entre 1988 e 2002, relativas ao programa de privatizações. Esses dados demonstraram que os juízes têm-se eximido de adotar uma postura política ativa e de promover uma interferência judicial em âmbitos eminentemente políticos, o que pode ser verificado pelo resultado das ações impetradas: nenhuma das ações conseguiu barrar a venda de uma empresa estatal.

Das 39 Adins que foram impetradas, questionando alguma etapa ou procedimento da privatização de empresas estatais, 19 ações (48,7%) tiveram o pedido de liminar apreciado, mas quando se observa o resultado do mérito, tem-se que apenas uma ação (2,5% do total) foi julgada, e outras 26 já foram extintas sem o julgamento do mérito, sendo que nenhuma conseguiu reverter o processo de desestatização. (OLIVEIRA, 2005, p. 561).

Desta forma, a autora conclui que “os membros do Judiciário brasileiro não apresentaram, ao menos no caso aqui analisado, uma preferência judicial por políticas públicas” e que, **“embora o Judiciário tivesse sido chamado a ser árbitro de conflitos de ordem política, no caso das privatizações, ele não respondeu a essa demanda**, não completando, portanto, o que chamarei de ciclo da judicialização.” (OLIVEIRA, 2005, p. 561, grifo nosso).

Da conclusão obtida por Oliveira de que não haveria judicialização da política, cabem algumas considerações críticas.

A autora levou em consideração que os magistrados teriam respondido às demandas apenas quando o mérito da ação tivesse sido julgado. Nessa ótica, as ações extintas por vícios formais, nas quais não se conhece o mérito, não foram consideradas como ‘respondidas’, eis que a decisão de extinção nada ou pouco disse sobre o conteúdo material da lide.

Caberia destacar, entretanto, que o formalismo técnico-jurídico serve muitas vezes como via oblíqua para que o julgador deixe de manifestar diretamente sua opinião, evitando o afrontamento inevitável que ocorreria com a assunção pública de posições políticas. Como já destacado por Stone Sweet (2000, p. 203), o uso do vocabulário jurídico e de saídas processuais faz parte de uma estratégia para que as decisões das cortes sejam aceitas, sem desgastar sua posição de mediadora dos conflitos futuros.<sup>61</sup>

Outra crítica possível a essa noção estreita da judicialização da política parte da definição de escopo mais amplo, que observaria a interferência do direito na política em diferentes momentos do processo político, como ressaltam Vítor Marchetti e Rafael Cortez (2009, p. 430). A leitura de que o fenômeno da

---

<sup>61</sup> Tradução livre. No original: “*In judicialized politics, legal discourse mediates partisan debate and structures the exercise of legislative power.*”

judicialização da política não ocorre no Brasil seria, assim, resultante de questões conceituais e opções metodológicas, mais do que de dados empíricos.

Nesta senda, diferentemente de Vanessa Oliveira, defendemos que a judicialização da política independe de fatores atitudinais ou volitivos (ou ainda, normativos, em ciência política). Isto é, para que se configure a judicialização, é irrelevante medir a intencionalidade dos agentes envolvidos ou seu ativismo, como é usualmente chamada.

Para tanto, providencial é a distinção estabelecida por Luís Roberto Barroso, entre judicialização e ativismo:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. **A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais.** (BARROSO, 2008, p. 17).

Ainda conforme Barroso, a judicialização não seria decorrente da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte, definindo que o determinante para se diferenciar ‘ativismo judicial’ de ‘judicialização’ reside na **postura** do intérprete da Constituição:

O **ativismo judicial**, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo **proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário.** Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. (BARROSO, 2008, p. 17, grifo nosso).

Como vimos no capítulo 2, a Constituição de 1988 estabeleceu uma potencialidade institucional que permite a existência do fenômeno descrito como Judicialização da Política. Entretanto, diversos autores que realizaram pesquisas

empíricas demonstram que esta potencialidade institucional não se materializou imediatamente em interferência do Judiciário.<sup>62</sup>

Na percepção de Ernani Carvalho (2004, p. 120), “no Brasil, em momentos de grave crise, como na crise de governabilidade que se abateu no final da década de 1980 e início da de 1990, é possível notar uma opção clara do STF pela não-interferência.”

Ainda, o autor destaca a importância do STF no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) para a percepção do fenômeno:

No Brasil, a explosão de processos, bem caracterizada no mundo político pelas ADINs, tem sido o mais forte argumento daqueles que defendem a existência de um processo de judicialização da política. Isso não quer dizer que a judicialização ocorra apenas nesse nível, mas é nele que as decisões tomadas pela justiça assumem sua maior dramaticidade no mundo político. É por meio desse instituto que o Tribunal pode tornar nula uma legislação oriunda dos poderes representativos. (CARVALHO, 2004, p. 121).

Não obstante, os dados coletados por Werneck Vianna (*et. al.*, 1999, p. 120) indicam que a taxa de julgamento do mérito das ADIs no período de 1988 a 1998, em um universo de 1.935 ADIs, foi de apenas 13,54%. Do total, **54,36% ainda aguardam julgamento**. Como destaca Ernani Carvalho, esse percentual de julgamento – ou de sua ausência – é bem distinto do que ocorre no controle de constitucionalidade em outros países:

Os países que possuem a revisão abstrata da legislação (Alemanha, França, Portugal e Espanha) costumam ter uma média de julgamento das ações próximas do total de ações ingressadas. Entretanto, nos tribunais constitucionais desses países, a Corte máxima não representa a vértice de todo o sistema jurídico positivo. No Brasil, o STF controla boa parte do conflito jurídico, seja por via da competência originária, seja pela via recursal. Essa demanda implica uma média de 80 000 processos julgados por ano. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional julga em torno de duzentas ações por ano. (CARVALHO, 2004, p. 122).

Além de dados sobre o número de processos julgados, a presença política do STF pode ser observada pela evolução da percepção do tema nos jornais. É o

---

<sup>62</sup> Ver, neste sentido, DA ROS, 2008.



escopo do trabalho realizado por Fabiana Luci de Oliveira (2004), que fez uma análise do conteúdo das matérias publicadas nos jornais Folha de São Paulo e Estado de São Paulo sobre o Poder Judiciário, de 1979 a 1999.

Sua pesquisa traz dados que corroboram a visão de que a presença política do STF foi uma crescente ao longo dos anos. Transcrevemos abaixo alguns resultados de sua pesquisa, fracionada em três períodos. No primeiro, a tônica está na ausência de participação do STF nos debates políticos relevantes:

### **III.1. Primeiro período (1979-1988)**

De maneira geral, as notícias publicadas nesse período [...] fazem referência às vantagens de que desfrutavam os ministros do Tribunal e ao fato de o STF abster-se de decidir questões relevantes para a vida política do país. (OLIVEIRA, 2004, p. 108)

No segundo período analisado, Fabiana Luci de Oliveira destaca que a partir de 1988 o STF assume abertamente uma posição de ator político:

### **III.2. Segundo período (1988-1993 FSP – 1988- 1995 OESP)**

As notícias transpareceram que a atuação do STF modificara-se: **ele assumia abertamente sua posição de ator político imprescindível**. Essa alteração ficou evidente tanto nas declarações do **Ministro Sepúlveda Pertence, de que “Estamos cada vez mais longe da imagem de bons velhinhos do Supremo”,** e do **Ministro Sydney Sanches, de que “o STF não pode deixar de considerar o momento político e econômico por que passa o país na época de seus julgamentos”** (RAZÕES POLÍTICAS FAZEM PARTE, 1992), quanto na exacerbação das tensões do Tribunal com os outros poderes constituídos. Essas tensões demarcavam a existência de uma disputa por espaço na tomada de decisões dos rumos políticos do país. [...] O fato de estar julgando ações de inconstitucionalidade movidas por diferentes setores da sociedade faz que os ministros [...] sintam-se mais por dentro do cotidiano do país. (OLIVEIRA, 2004, p. 109-110, grifo nosso).

Finalmente, o terceiro período analisado confirma a manutenção da importância do STF, firmando sua autonomia e independência com relação aos outros poderes:

### **III.3. Terceiro período (1994-1999 FSP – 1996-1999 OESP)**

As notícias desse período confirmam os indícios verificados no momento anterior, de que a partir da Constituição de 1988 o STF teve sua atuação transformada. [...] Nos anos da abertura sua atuação visava a tornar pública a aproximação com os jornalistas e lutar pela mudança de papel do STF. Agora a luta simbólica era para reafirmar a independência do Tribunal, que já se consolidara um dos poderes da República. (OLIVEIRA, 2004, p. 110).

Tal independência do Judiciário levou a uma clara atuação política deste a partir de 1988, como afirma Maria Tereza Sadek citando trabalho de Matthew Taylor:

[...] estudo comparativo internacional atesta os reflexos dos traços virtuais na realidade, apontando que, de fato, **a atuação do Judiciário brasileiro tem sido bastante relevante**. Após comparar o desempenho das cortes brasileira e mexicana, conclui Taylor: no período de tempo que vai de 1998, quando da aprovação da nova Constituição, até o ano de 2002, **o STF do Brasil** – somente por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ‘concedeu decisões liminares ou de mérito **invalidando parcialmente mais de 200 leis federais**. Em confronto, entre os anos de 1994 e 2002, a Suprema Corte mexicana julgou a constitucionalidade de um pouco mais de 600 leis usando dois instrumentos parecidos com a ADIN, mas **invalidou somente 21 leis federais**. A Suprema Corte norte-americana, por sua vez, **em toda a sua história, invalidou em torno de 135 leis federais apenas**. (SADEK, 2011, p. 17, grifo nosso).

Afinal, a que se pode atribuir tais modificações no comportamento político do STF?

Seria a substituição dos Ministros antigos por novos, carregados de ideais vanguardistas de ativismo judicial?

Acreditamos que não. Pressupondo que seja provável que a proporção de indivíduos que manifestam intenções *ativistas* – com propensões a impor suas preferências políticas – não teria sofrido alterações sensíveis ao longo dos últimos 50 anos, se houve um “aumento da judicialização” não podemos atribuí-lo ao maior ou menor ativismo, mas sim a mudanças nas regras institucionais que possibilitaram àqueles que sempre tiveram suas preferências políticas efetivamente exercê-las estrategicamente por meio de novas regras institucionais.

E se insistíssemos na explicação personalista, de que há hoje mais Ministros “ativistas” no STF do que em períodos anteriores? A alteração na composição das cortes seria, portanto, a chave para seu maior ou menor ativismo.

Nesse sentido, Marchetti e Cortez indicam que a modificação na composição da corte foi primordial para alterar a posição do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ao narrar o caso da verticalização das coligações partidárias impostas pelo TSE em 2006:

A composição da corte tinha sofrido uma completa alteração. Nenhum ministro que havia tomado a decisão em 2002 estava presente no Tribunal do segundo semestre de 2005 e no primeiro de 2006. As expectativas de que a verticalização não seria sustentada pela nova corte eram grandes.

[...]

A composição da corte eleitoral nesse momento tinha uma característica peculiar: parte relevante de seus membros tinha experiência com o processo eleitoral, ou porque tinha passagem pela justiça eleitoral ou pela vida político-partidária. (MARCHETTI e CORTEZ, 2009, p. 433-440).

Ora, ainda que tal explicação busque fatores atitudinais, ele ainda pode ser reduzido a fatores institucionais. Isto é, podemos encontrar na regra de substituição dos ministros do TSE a cada dois anos uma regra institucional que permite a alteração periódica da composição da corte e, assim, a modificação de suas decisões.

E quanto ao STF, qual seria o fator determinante para a alteração da composição do tribunal? Introduzimos uma nova variável nesta intrincada equação: a aposentadoria compulsória para todos os servidores públicos.<sup>63</sup>

Esta regra leva à periódica modificação da composição dos tribunais – com a substituição dos membros que alcançaram 70 anos de idade – e, via de consequência, altera também o seu comportamento quanto à postura política adotada.

Assim, a cada novo mandato presidencial, há grandes chances do atual detentor do mandato substituir Ministros que estão se aposentando por novos, que com ele compartilhe as opções políticas.

---

<sup>63</sup> Eis a redação do art. 40, *caput* e inciso II da Constituição de 1988: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) **II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade (...)**”

Argumentos empíricos confirmam a tese de que a influência política na composição da corte é ampla, eis que a nomeação de um novo Ministro para a Suprema Corte norte-americana ocorre com certa periodicidade (a cada 22 meses), na explicação dada por Robert Dahl:

Sob quaisquer presunções razoáveis sobre a natureza do processo político, pareceria de certo modo ingênuo assumir que a Suprema Corte gostaria ou pudesse atuar no papel de Galahad [cavaleiro mitológico da tábua redonda, puro e sem pecados]. Em toda a história da Corte, **aproximadamente a cada 22 meses tem ocorrido a nomeação de um novo Ministro. Assim, um presidente pode esperar para nomear por volta de dois ministros durante um mandato**; e se isso não for suficiente para alterar o equilíbrio em uma Corte normalmente dividida, ele deve estar praticamente certo de obter sucesso em dois mandatos. Dessa forma, Hoover teve três indicados; Roosevelt, nove; Truman, quatro; e Eisenhower, até o momento, teve quatro. **Presidentes não são famosos por indicar ministros hostis com relação a suas próprias visões sobre políticas públicas ou** tampouco poderiam esperar garantir a confirmação de um homem cujas opiniões em questões-chaves estava flagrantemente em descompasso com aquele da dominante maioria no Senado.<sup>64</sup> (DAHL, 1957, p. 284, grifo nosso).

Sobre a famosa oposição da Suprema Corte ao presidente Franklin Delano Roosevelt e sua política do *New Deal*, Dahl esclarece que, estatisticamente, Roosevelt teria sido azarado:

A agonia judicial do *New Deal* deve rapidamente vir à mente; mas as dificuldades do Sr. Roosevelt com a Corte foram verdadeiramente excepcionais. Generalizando sobre toda a história da Corte, as chances de um presidente realizar uma nomeação para a Corte em menos de um ano são de uma em cinco, e três de cinco que ele fará uma dentro de três anos. O Sr. Roosevelt teve uma excepcional má-sorte: teve que esperar quatro anos para fazer sua primeira nomeação; as chances contra esse longo intervalo são quatro para uma. Com sorte mediana, a batalha com a Corte nunca teria ocorrido.<sup>65</sup> (DAHL, 1957, p. 285, grifo nosso).

---

<sup>64</sup> Tradução livre. No original: “*Under any reasonable assumptions about the nature of the political process, it would appear to be somewhat naive to assume that the Supreme Court either would or could play the role of Galahad. Over the whole history of the Court, on the average one new justice has been appointed every twenty-two months. Thus a president can expect to appoint about two new justices during one term of office; and if this were not enough to tip the balance on a normally divided Court, he is almost certain to succeed in two terms. Thus, Hoover had three appointments; Roosevelt, nine; Truman, four; and Eisenhower, so far, has had four. Presidents are not famous for appointing justices hostile to their own views on public policy nor could they expect to secure confirmation of a man whose stance on key questions was flagrantly at odds with that of the dominant majority in the Senate.*”

<sup>65</sup> Tradução livre. No original: “*The judicial agonie of the New Deal will, of course, quickly come to mind; but Mr. Roosevelt's difficulties with the Court were truly exceptional. Generalising over the whole history of the Court, the chances are about one out of five that a president will make one appointment to the Court in less than a year, better than one out of two that he will make one*

Desta forma, após ter estudado a estrutura institucional, vamos observar o uso que dela fazem os atores políticos e quais as estratégias incentivadas pela estrutura descrita.

Tendo em mente a importante distinção entre ativismo e judicialização, podemos passar a agrupar os significados usualmente encontrados relacionados à literatura que trata da judicialização da política.

### 3.2 OS FATORES INSTITUCIONAIS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Para distinguir entre as diferentes leituras da judicialização da política, propomos<sup>66</sup> agrupar os significados enumerados em 3.1.3 a partir da prevalência do elemento **institucional** ou do elemento **volitivo** como preponderante para desencadear a judicialização.

Explica-se o esforço de síntese: as definições disponíveis abordam tanto **fatores institucionais** – regras do jogo político ou jurídico (aqui privilegiando as constitucionais no aspecto das regras que municiam o Poder Judiciário com instrumentos para judicializar a política), capazes de alterar as estratégias dos atores para obter seus objetivos –, quanto definições que integram o aspecto da vontade dos atores envolvidos (**fatores atitudinais ou volitivos**), dependendo do ativismo dos magistrados e dos políticos para que a judicialização ocorra.

A distinção se justifica pela metodologia neoinstitucionalista adotada, na qual se busca observar as regras institucionais como determinantes das estratégias dos indivíduos na observação do fenômeno. Assim, a estrutura institucional é determinante para aferição do padrão de uso do Poder Judiciário por atores politicamente guiados.

---

*within two years, and three out of four that he will make one within three years. Mr. Roosevelt had unusually bad luck: he had to wait four years for his first appointment; the odds against this long an interval are four to one. With average luck, the battle with the Court would never have occurred".*

<sup>66</sup> Como toda classificação pressupõe simplificação, pedimos escusas para a incompletude ou omissões na forma de categorizar os conceitos.

Levando em conta as definições da tabela apresentada por Carvalho e Marona (3.1.3) e inserindo-os nos grupos mencionados, teríamos a seguinte conformação:

Conceitos que dependem unicamente das regras do jogo:

<b>Fatores Institucionais</b>	(1) Efeito que a jurisdição constitucional pode exercer sobre políticas públicas, preferências majoritárias e valores sociais
	(2) Crescente utilização do Judiciário como meio de resolução de conflitos gerados na arena política.
	(4) Expansão do Poder Judiciário
	(5) Ampliação do poder de decisão, para executar e criar leis, do sistema judiciário.
	(7) Capacidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas.
	(8) Crescente intervenção do Poder Judiciário nos processos decisórios das democracias contemporâneas.

Conceitos que dependem da vontade dos envolvidos:

<b>Fatores Atitudinais ou Volitivos</b>	(3) Interferência do Poder Judiciário em questões eminentemente políticas.
	(6) Adoção, pelo Executivo e Legislativo, de procedimentos típicos da lógica judicial.
	(9) O Judiciário como veículo para o exercício da Cidadania.

Nas tabelas acima, consideramos os fatores institucionais como sendo aqueles que impactam nas regras de comportamento, tornando a cooperação dos atores mais vantajosa e organizando o jogo político. Em nossa análise posterior, utilizaremos esses fatores para demonstrar que as regras institucionais têm impacto direto nas estratégias políticas adotadas pelos atores, servindo-se do Poder Judiciário como instrumento de seus fins políticos.

Já os fatores atitudinais (CARVALHO e MARONA, 2010) ou volitivos, como preferimos chamá-los para destacar a esfera discricionária de sua ocorrência,

guardam relação com os desejos e preferências dos atores envolvidos. Consideramos que tais preferências não são determinadas pelas instituições, sendo tão somente constrangidas por elas. Em outras palavras, não é a estrutura institucional que irá determinar se um juiz deseja impor suas opções político-ideológicas ou prefere abster-se de manifestá-las, trilhando o caminho da autocontenção. Entretanto, independentemente da escolha do indivíduo, os meios disponíveis para que alcance seu objetivo são determinados pelas instituições, que, no caso jurídico em especial, são formais e positivadas nas normas.

Neste aspecto, como não podemos determinar ou valorar os desejos dos indivíduos, isolamos tais preferências da análise da judicialização, considerando relevante apenas observar a estrutura das regras que impactam nas estratégias adotadas pelos atores.

Assim, adotando outra nomenclatura, vamos modificar a terminologia dos fatores institucionais para agrupá-las sob os títulos dos próximos tópicos, nos quais aprofundaremos seus sentidos:

Conceitos que dependem das regras do jogo (**variáveis institucionais**):

(3.3.1) o controle de constitucionalidade	(1) Efeito que a jurisdição constitucional pode exercer sobre políticas públicas, preferências majoritárias e valores sociais
(3.3.2) mediação institucional	(2) Crescente utilização do Judiciário como meio de resolução de conflitos gerados na arena política.
	(8) Crescente intervenção do Poder Judiciário nos processos decisórios das democracias contemporâneas.
(3.3.3) justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais	(5) Ampliação do poder de decisão, para executar e criar leis, do sistema judiciário.
	(7) Capacidade de o Poder Judiciário intervir em políticas públicas.
(3.3.4) acesso ao Judiciário	(4) Expansão do Poder Judiciário

Cumprir destacar que tal esforço de taxonomia implica em simplificações, com o objetivo de fornecer uma visão panorâmica do objeto. Assim, sem ter a pretensão de esgotar seus sentidos e usos, apenas com objetivo de fornecer coordenadas à

posterior abordagem, foram classificados os sentidos usualmente encontrados na literatura nas categorias acima definidas, como vemos adiante.

A seguir abordaremos os quatro elementos institucionais que garantem a existência da Judicialização: o controle de constitucionalidade (3.3.1), as regras de mediação institucional (3.3.2), a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais (3.3.3) e o acesso ao Judiciário (3.3.4).

Os conceitos serão trabalhados em conjunto com as normas constitucionais e infraconstitucionais que fundamentam a estrutura institucional, a justificar a classificação como sendo ‘regras do jogo’ que possibilitam a manifestação da ‘judicialização da política’.

### 3.2.1 O controle de constitucionalidade

Como já vimos no capítulo anterior, no sistema brasileiro uma lei ou um ato do executivo podem perder eficácia quando considerados inconstitucionais. O controle de constitucionalidade é exercido tanto na forma difusa<sup>67</sup> quanto na concentrada.<sup>68</sup>

Nesse contexto, a expressão judicialização da política tem sido utilizada quando matérias polêmicas que geram certa comoção social são decididas pela via do controle de constitucionalidade. A decisão – por emanar do Poder Judiciário, e

---

<sup>67</sup> O controle difuso está presente desde a primeira Constituição Republicana, de 1891, na qual juízes de qualquer instância e o Supremo Tribunal Federal podem conhecer da matéria pela via incidental. A atual Constituição de 1988 prevê o controle difuso em grau recursal no art. 102, III, no qual cabe ao STF julgar, “mediante **recurso extraordinário**, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (...).”

<sup>68</sup> O controle concentrado de constitucionalidade aqui abordado é o exercido em face da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal pela via abstrata, isto é, sem estar relacionada a um caso concreto. Os procedimentos previstos na Constituição para fazê-lo são a **representação interventiva** (regulada pela Lei 4337/64), **ação direta de inconstitucionalidade**, **ação direta de inconstitucionalidade por omissão**, **ação declaratória de constitucionalidade** e **arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Os Tribunais de Justiça dos Estados também têm competência para o controle de constitucionalidade concentrado, entretanto, em face da Constituição Estadual.



não do Poder Legislativo – acaba sendo eleita como exemplo de judicialização da política.<sup>69</sup>

A expressão serve, neste sentido, para descrever quando o Poder Judiciário exerce seu poder de controle de constitucionalidade, eis que é intrínseco à jurisdição constitucional exercer influência sobre políticas públicas, preferências majoritárias e valores sociais.

Ocorre que o exercício do controle de constitucionalidade – isto é, o controle, pelo Poder Judiciário, de atos normativos e leis em face da Constituição – é decorrente do modelo institucional, expressamente constante no art. 102 da Constituição de 1988:

Art. 102: **Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição**, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (...).

Quanto ao controle difuso, a constitucionalidade de lei o ato normativo é exercido como questão prejudicial ao caso concreto. Isto é, em uma ação na qual o magistrado exerce o controle difuso de constitucionalidade, o demandante não visa diretamente à declaração de inconstitucionalidade do ato ou da lei. A inconstitucionalidade alegada serve apenas como fundamento ou causa de pedir – para que o juiz deixe de aplicar a lei –, e não como pedido em si.

Desta forma, cabe ao juiz ou tribunal declarar a inconstitucionalidade de forma incidental (conforme prevêm os artigos 481 e 482 do CPC e o artigo 97 da Constituição, no qual há a reserva de plenário para o caso de declaração pelo Tribunal de Justiça Estadual) e a questão pode alcançar o STF pela via do Recurso Extraordinário (CF, art. 102, III).<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> Exemplo recente pode ser encontrado no julgamento em 05/05/2011, pelo STF, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 em que ficou estabelecido que os casais homossexuais têm os mesmos direitos e deveres que a legislação brasileira já estabelece para os casais heterossexuais.

<sup>70</sup> Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante **recurso extraordinário**, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:  
a) contrariar dispositivo desta Constituição;

Logo, como no controle difuso existem as figuras do autor e do réu e um litígio a ser resolvido pelo juízo, a controvérsia constitucional é apenas uma questão incidental e, portanto, não terá efeitos para além daquele julgamento.<sup>71</sup> É o que ensina Alexandre de Moraes (2003, p. 587): “Na via de exceção, a pronúncia do judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável sobre o julgamento do mérito”.

Sobre o modelo difuso de controle de constitucionalidade exercido no STF, cumpre destacar a posição crítica de Marcus Paulo Veríssimo (2008, p. 423), que indica a ineficiência do mecanismo em sistemas jurídicos, como o nosso, nos quais não existe a doutrina do *stare decisis* (ou da vinculação pelo precedente).

Conforme Veríssimo, sem a estrutura vinculativa das inconstitucionalidades declaradas na forma incidental, no caso concreto, é possível que enquanto uma mesma lei ou disposição de lei deixa de ser aplicada por alguns juízes, segue sendo aplicada por outros, gerando um estado de incerteza do direito e desigualdade na aplicação da lei.

Nesse aspecto, se de um lado o modelo híbrido brasileiro gerou

[...] um sistema especialmente aberto à participação de atores sociais na jurisdição constitucional, com conseqüente ampliação do papel político institucional do STF, não permitiu, por outro, que esse tribunal pudesse exercer qualquer papel relevante de uniformização do direito no uso de sua competência recursal extraordinária ligada ao sistema de controle difuso. (VERISSIMO, 2008, p. 423-424).

As múltiplas possibilidades de atuação do STF são descritas por Oscar Vilhena Vieira como sendo **competências superlativas**. Para Vieira, a preocupação dos constituintes em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político os teria levado a outorgar amplos poderes de guardião constitucional ao STF que, “na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos

- 
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
  - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
  - d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal

<sup>71</sup> Sobre a possibilidade de efeitos *erga omnes* no controle difuso, cabe destacar a tendência no STF (RE 197.917/SP e HC 82959/SP) em aplicar a teoria da transcendência dos motivos determinantes da sentença (*ratio decidendi*), como destaca Pedro Lenza (2010, p. 231-233).

de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (...) e tribunais de recursos de última instância.” (VIEIRA, 2008, p. 447).

Para Gilmar Mendes, entretanto, a ênfase da Constituição de 1988 estaria no exercício do controle em sua forma concentrada:

**A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas.** A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência. (MENDES, 2008, p. 5-6, grifo nosso).

O sistema de controle de constitucionalidade concentrado previsto na Constituição de 1988 agrupa, além da ADI (art. 102, I, 'a'), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO, art. 103, § 2º), a ação de descumprimento de preceito fundamental<sup>72</sup> (ADPF, art. 102, § 1º) e a ação direta de constitucionalidade (ADCON, incluída no art. 102, I, 'a' pela EC 3/93).

Tema especialmente sensível na relação entre os Poderes é o controle de constitucionalidade exercido para **determinar que o legislativo supra a omissão de legislar**, quando o deveria ter feito por ordem constitucional. Tal controle é possível por meio da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, realizada pela via abstrata e concentrada no STF, conforme previsto no art. 103, parágrafo 2º da CF/88.

Explicando seus fundamentos, transcreve-se o que diz Marcelo Lamy:

[...] A partir de então falamos de Inconstitucionalidade por Omissão, que, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer o que se está

---

<sup>72</sup> ADPF é o instrumento que confere a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal analisar a constitucionalidade de lei ou ato normativo em face dos preceitos fundamentais da Constituição, o que permite estender o controle de constitucionalidade às leis e atos anteriores à Constituição de 1988, bem como também alcançar as leis municipais, normalmente excluídas do cotejo em face da Constituição Federal.

constitucionalmente obrigado a fazer. Além disso, a omissão parcial é possível perante o cumprimento parcial do dever constitucional. [...] A falta de legislação altera o alcance do preceito, paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação é inconstitucional e decorre da omissão dos deveres legislativos do poder público. Note-se, por outro lado, que a ordem de legislar traz em si os limites conformadores da ação legislativa. Por isso, Jorge Miranda aponta o dever de fazer a lei e também o dever de fazê-las nos termos exigidos e em tempo útil. (LAMY, 2005, p. 542-543).

Outro instrumento jurídico para os casos de omissão legislativa é o do Mandado de Injunção. Este instrumento, previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição, estabelece ao indivíduo a possibilidade de ingressar em juízo para garantir direito ou liberdade previsto constitucionalmente, mas que ainda não dispõe de normas jurídicas para seu pleno exercício, a despeito da previsão constitucional. A omissão legislativa, nesta situação, é impugnada pela via incidental, analisando-se o caso concreto.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 14), o Mandado de Injunção deve ter por objeto o não-cumprimento de dever constitucional de legislar de tal modo que afete direito constitucionalmente assegurado, como “falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania.”

Sobre os efeitos do mandado de injunção, Carlos Augusto Silva afirma que em um primeiro momento, “a jurisprudência do STF inclinava-se, na hipótese de procedência da ação, pela simples notificação do Poder Legislativo da omissão legislativa, sem impor prazo ou sanção em caso de permanência da inércia.” Entretanto, o autor destaca que posteriormente houve uma mudança de posição do Supremo, que passou a impor prazos para a edição de normas regulamentadoras. (SILVA, 2004, p. 137).

De impor prazos – que não eram obedecidos – a suprir a omissão legislativa, tida como materialização da judicialização da política, foi o próprio STF que modificou o alcance dos efeitos do instrumento.

Exemplo marcante foi o Mandado de Injunção envolvendo o caso da delimitação do direito de greve dos servidores públicos em 2007. A matéria, reservada para Lei Complementar no art. 37, VII, não tinha horizonte político para

ser regulamentada (ainda que a EC 19/98 tivesse alterado a exigência de Lei Complementar para “lei específica”). Assim, em julgamento dos mandados de injunção 670 e 70835, o STF agiu de forma positiva, determinando que, enquanto não houvesse lei específica, deveria regular a matéria a lei existente para a greve no setor privado (Lei 7.783/89), “no que couber”.

Tendo em vista a especial relevância do caso para as relações entre o STF e os demais atores institucionais, transcrevemos o relato do Ministro Gilmar Mendes ilustrando o contexto no qual houve efetiva mudança de posição do STF de 1996 a 2007, que de posição moderada e tímida, passou à postura ativa:

O tema do direito de greve do servidor público tem lugar de destaque na jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de mandado de injunção.

No Mandado de Injunção n. 20 (Rel. Celso de Mello, DJ de 22-11-1996), firmou-se entendimento no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos não poderia ser exercido antes da edição da lei complementar respectiva, sob o argumento de que o preceito constitucional que reconheceu o direito de greve constituía norma de eficácia limitada, desprovida de auto-aplicabilidade.

Portanto, nas diversas oportunidades em que o Tribunal se manifestou sobre a matéria, reconhecia-se unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional.

Na sessão de 7.6.2006, foi proposta a revisão parcial do entendimento até então adotado pelo Tribunal. (...) Em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção ns. 670 e 70835 e, reconhecendo o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro, bem assim, tendo em conta que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, **reconheceu a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.** (MENDES, 2008, p. 17-19, grifo nosso).

Logo, vimos que as regras institucionais que estabeleceram o controle de constitucionalidade favorecem a existência da judicialização da política, tanto pela variedade de formas (ações, mecanismos e recursos) quanto pela amplitude do rol daqueles que podem fazê-lo.

Frise-se, por relevante, que o sistema não é criticado por sua existência, não tendo sido encontrado questionamentos acerca da atribuição do controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário, no desempenho de suas funções institucionais. Entretanto, há um movimento de reformas para aumentar sua centralização, de forma que o controle seja exercido preferencialmente pelo STF.

### **3.2.2 As regras de mediação institucional**

Ao tratar da Constituição Brasileira de 1988, Maria Tereza Sadek reafirma que o desenho institucional determinado pela Constituição de 1988 conferiu estatuto de Poder de Estado ao Judiciário.

Neste aspecto, ele passou de aplicador das leis e dos códigos a agente político, cabendo-lhe controlar a constitucionalidade e arbitrar conflitos entre os Poderes Executivo e Legislativo. (SADEK, 2011, p. 15).

No contexto da crescente utilização do Judiciário como meio de resolução de conflitos gerados na arena política, cabe destacar a posição mediadora das disputas dentro do próprio Legislativo, com o ingresso em juízo de atores políticos que, tendo perdido no campo da maioria, batem à porta do Judiciário para obter socorro.

Isso ocorreu quando da abertura da chamada “CPI do Apagão Aéreo”, em 2007. Ao protocolar um pedido de abertura da Comissão Parlamentar de Inquérito, os deputados da oposição haviam colhido assinaturas de mais de 1/3 dos parlamentares, tendo cumprido o requisito, para sua abertura, do parágrafo 3º do art. 58 da Constituição.

Entretanto, protocolado o pedido na mesa, houve decisão da maioria para indeferir o requerimento. Diante disso, o partido preterido impetrou o Mandado de Segurança 26441 que foi concedido para que o requerimento fosse desarquivado (liminar) e para que a CPI fosse instalada (decisão após julgamento em plenário).

Por relevante, cabe destacar o cuidado que o Ministro relator Celso de Mello teve para não determinar a imediata instalação da CPI em decisão monocrática, mas

apenas sinalizar que o requerimento fosse desarquivado, em um sinal de auto-contenção.

Ainda, nesse contexto da intervenção do Poder Judiciário nos processos decisórios das democracias contemporâneas, ocupa posição de particular destaque a atividade da **Justiça Eleitoral**, como destaca Thaís Aguiar:

Outra face do avanço da judicialização é a supervisão e intervenção das Cortes no processo eleitoral, resultando, muitas vezes, no remodelamento desse processo. Medidas como determinação e **imposição de regras eleitorais justas; regulação financeira de campanhas; interpretação e imposição de leis éticas que regulam a conduta pública de oficiais são algumas das intervenções mais comuns do judiciário sobre a organização dos pleitos legislativos e executivos.** (AGUIAR, 2007, p. 4, grifo nosso).

Competência decorrente do artigo 118 da Constituição Federal, trata-se de esfera judicial que tem em sua cúpula o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que, além de zelar pela lisura da disputa eleitoral, também estabelece regras e remodela, indiretamente, a lei eleitoral.

Sobre a judicialização da política na atuação do TSE, cumpre dar voz ao relato feito por Vitor Marchetti e Rafael Cortez sobre o tema da verticalização das coligações, que antecedeu as eleições de 2002:

A simetria das coligações partidárias - ou regra da verticalização, como o tema ficou conhecido - estabeleceu limites mais rígidos para a formação de alianças em eleições em que simultaneamente estivessem em disputa cargos majoritários e proporcionais nos níveis federais e estaduais.

[...] Em agosto de 2001, o PDT (Partido Democrático Trabalhista) fez uma consulta ao TSE [...] se era possível coligar-se nos estados com partidos que estivessem disputando as eleições presidenciais como adversários.

Depois de alguns meses de debate entre os sete ministros, cinco responderam negativamente e dois positivamente à consulta, obrigando os partidos políticos a formarem alianças estaduais simétricas em relação às alianças nacionais.

A composição da corte eleitoral nesse momento tinha uma característica peculiar: parte relevante de seus membros tinha experiência com o processo eleitoral, ou porque tinha passagem pela justiça eleitoral ou pela vida político-partidária. Dessa corte não se pode dizer que não havia uma visão clara do padrão de coligações vigente e do impacto que a decisão da verticalização produziria sobre o jogo político-partidário.

[...] Na interpretação de Jobim, isso significou que as alianças feitas em âmbito nacional deveriam condicionar as alianças estaduais. Essa decisão

não seria, assim, uma mera interpretação do texto legal, muito menos uma iniciativa para garantir o bom cumprimento das obrigações legais. **Seria, de fato, uma produção legislativa da justiça eleitoral, fruto de uma, na definição do próprio ministro, “interpretação voluntarista da lei em que a vontade dos juízes substitui a opção do legislador”.**

A maioria dos ministros não explicitou seu voluntarismo nem defendeu abertamente uma ação mais arrojada do TSE. Mas, ao analisarmos alguns dos argumentos na interpretação jurídica da questão, notamos quais princípios guiaram os ministros na interpretação vencedora. (MARCHETTI e CORTEZ, 2009, p. 431-434, grifo nosso).

Indicando o voluntarismo dissimulado na argumentação jurídica, os pesquisadores concluíram que o caso teve fortes repercussões negativas sobre a percepção que os atores políticos têm do TSE, levando a aberto enfrentamento político – culminando com a aprovação da Emenda à Constituição 52/2006, para modificar os fundamentos jurídicos da decisão da Corte:

[...] O tema da verticalização das coligações revelou tensões para dentro e para fora na cúpula da justiça eleitoral. Seus debates internos e a reação dos seus “clientes” ficaram longe do equilíbrio e da definição de consensos mínimos.

[...] Ao reinterpretar a legislação relativa à competição eleitoral, estabelecendo novas bases para a competição partidária, o TSE colocou a política para além da curva de indiferença do poder legislativo. A percepção por parte dos legisladores é que o novo *status quo* representou uma ameaça institucional. Dessa forma, podemos entender a estratégia dos legisladores de constitucionalizar práticas que, no limite, não representam princípios fundamentais. A emenda constitucional expressou a defesa da autonomia dos legisladores na regulação da atividade política. (MARCHETTI e CORTEZ, 2009, p. 447).

Esse caso contextualiza a afirmação de Alec Stone Sweet, de que **“em uma política judicializada, o discurso legal é responsável pela mediação entre o debate partidário e as estruturas de exercício do poder legislativo”**.<sup>73</sup> (STONE SWEET, 2000, p. 203).

Segundo o autor, haveria um interesse institucional dos tribunais em “resolver conflitos legislativos sobre constitucionalidade, mantendo e reforçando a legitimidade

---

<sup>73</sup> Tradução livre. No original: “*In judicialized politics, legal discourse mediates partisan debate and structures the exercise of legislative power.*”



política da revisão constitucional para o futuro”.<sup>74</sup> Para atingir tal objetivo, o argumento jurídico é utilizado para camuflar os fundamentos da tomada de decisão.

Na descrição de Stone Sweet, as cortes

[...] pretendem ignorar o político contexto que gera conflitos, focando a atenção pública sobre como raciocinaram através da constituição e sobre como conceituaram a relação entre normas constitucionais relevantes e o trabalho do legislador (ou outra autoridade pública). **Fazendo assim, as cortes buscam demonstrar que as consequências da decisão nas políticas públicas são efeitos de segunda ordem**, que não foram desejadas pelos juízes, **mas sim exigidas pela lei**.<sup>75</sup> (STONE SWEET, 2000, p. 199-200, grifo nosso).

Não se pode deixar de notar que tal sentido para a judicialização é desempenhado sob a pretensa posição de neutralidade axiológica e política – juntamente com a crença na imparcialidade judiciária – que erige o Poder Judiciário como paladino defensor das instituições, mediando disputas políticas no âmbito eleitoral.

Embora se discorde de tal premissa, cumpre destacar que tal é a posição institucional destinada ao Judiciário pela Constituição. Neste aspecto, a judicialização será tanto maior, quanto mais frequentes forem os impasses políticos.

### 3.2.3 A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais

A judicialização da Política pode ser vista, no plano institucional, como a ampliação do poder de decisão do sistema judiciário para executar e criar leis.

---

<sup>74</sup> Tradução livre. No original: “(...) *the interest of the constitutional court is to resolve legislative conflicts about constitutionality, while maintaining, or reinforcing, the political legitimacy of constitutional review into the future.*”

<sup>75</sup> Tradução livre. No original: “(...) *They pretend to ignore the political context that generates conflicts, focusing all public attention on how they have reasoned through the constitution, and on how they have conceptualized the relationship between relevant constitutional norms and the work of the legislator (or other public authority). In doing so, the court seeks to demonstrate that the policy consequences of the decision are second order effects that are not of themselves desired by the judges, but rather required by the law.*”

Isso ocorreria por conta da constitucionalização dos Direitos Fundamentais e Sociais nos moldes substantivos, nos quais a estrutura normativa seria a garantidora do desenvolvimento social, em clara concepção de constituição programática, decorrente da adoção do modelo de Estado de Bem-Estar Social.

É o que argumentam Ernani Carvalho e Marjorie Marona:

Da imposição do Welfare State resulta, portanto, uma nova articulação entre a esfera do público e do privado, na medida em que a promoção social estipulada pela lei deverá ser realizada por meio da intervenção do Estado, repercutindo sobre a clássica fórmula da separação dos poderes e sua concepção do Judiciário como a “boca da lei”. [...] No Brasil, a Constituição da República, de 1988, deslocou a cultura jurídica marcada pelo positivismo de caráter privatista, do que **resultou a ampliação da concepção dos direitos fundamentais, concebidos como afirmações de princípios que constituem programas de ação, objetivos que implicam o dever de ação do Estado**, cuja efetivação é de autoria “do círculo de intérpretes na esfera judicial” (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 7).

No mesmo sentido, sobre o constitucionalismo democrático, afirmam Débora Maciel e André Koerner:

Ao contrário do constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do individualismo racional, a garantia limitada dos direitos civis e políticos e a clara separação dos poderes, o constitucionalismo democrático prioriza os valores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, a ampliação do âmbito de proteção dos direitos e a redefinição das relações entre os poderes do Estado. (MACIEL e KOERNER, 2002, p. 123).

Cumprir destacar que, após o alargamento dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 e a cristalização de inúmeros direitos sociais, a proeminência do Poder Judiciário tornou-se ainda mais evidente em seu papel de **freio contramajoritário**, a defender o pacto constitucional acima de interesses políticos passageiros, como se percebe nas palavras de Clèmerson Merlin Clève:

Zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura). (CLÈVE, 2006, p. 30).

Olhando para a Constituição de 1988, percebemos que o capítulo I (dos direitos e deveres individuais e coletivos, art. 5º) e o capítulo II (dos direitos sociais, art. 6º ao 11º) do título II (dos direitos e garantias fundamentais) carregam grande carga programática, enumerando direitos programáticos, a orientar o desenvolvimento da sociedade.

No dizer de Carvalho e Marona (2010, p. 7), o reconhecimento constitucional da exigência de implementação dos direitos fundacionais e sociais “legitima a desneutralização da função do Poder Judiciário, a quem cumpre, agora, examinar se o exercício do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.”

Neste sentido, ao estabelecer um amplo leque de direitos fundamentais e sociais, a Constituição estabelece uma estrutura institucional na qual o Poder Judiciário está autorizado a influenciar diretamente, atuando na alocação de recursos e na implementação positiva de direitos, quando provocado por demandas judiciais coletivas ou individuais.

Entretanto, cabe destacar a análise empírica coordenada por Alexandre Araujo Costa e Juliano Zaiden Benvindo, na qual os autores concluem que a jurisdição constitucional não tem se mostrado um canal eficiente para a defesa dos direitos fundamentais e sociais. (COSTA *et. al.*, 2010, p. 40-44).

A crítica dos autores dirige-se sobretudo ao controle concentrado, com base no levantamento de que os atores que podem protagonizar as ADIs, ao fazê-lo, aduzem em juízo questões mais vinculados aos seus interesses corporativos e institucionais do que à garantia do interesse comum, inexistindo um debate mais amplo das questões constitucionais relevantes quanto aos direitos fundamentais e sociais.

### **3.2.4 O amplo acesso ao Judiciário**

Em conjunto com a constitucionalização de ampla gama de direitos, a expansão do Poder Judiciário é decorrência do amplo acesso ao Judiciário,

normalmente medida pelo número de ações ajuizadas nos Tribunais. Neste tópico, cumpre destacar que são as próprias regras constitucionais que foram responsáveis por esse incremento no número de ações.

Dentre os direitos fundamentais enumerados no artigo 5º da Constituição de 1988 consta, no inciso XXXV, o da **inafastabilidade do Poder Judiciário**: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Trata-se de regra institucional que alargou, de maneira ampla, o ingresso em juízo para todos aqueles que desejassem, permitindo também que fossem abordados todos os temas, incluindo temas políticos. É situação é muito diferente da regra que existia na Constituição de 1934 (art. 68), repetida na de 1937 (art. 94), de que era “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (art. 68).

A ampliação nos meios de acesso ao Judiciário também foi uma tônica na assembleia constituinte de 1987-88. Ao lado de variadas previsões constitucionais para o acesso popular<sup>76</sup>, houve uma modificação ampla com relação ao controle concentrado, como destaca Marcos Paulo Veríssimo:

[Houve] uma enorme preocupação em ampliar as vias de acesso popular à sua jurisdição. Isso se traduziu em instrumentos os mais diversos, entre os quais sobressaem os seguintes: (i) **ampliação do rol de legitimados** para a movimentação do controle concentrado; e (ii) eliminação das barreiras de acesso ao controle difuso, por meio, sobretudo, da **eliminação dos requisitos de relevância geral** como condições especiais de admissibilidade do recurso extraordinário (VERÍSSIMO, 2008, p. 409, grifo nosso).

Além da ampliação no rol de legitimados (art. 103) para ajuizar as ações diretas de inconstitucionalidade, já visto em detalhes no capítulo anterior, a Constituição de 1988 criou novos mecanismos, como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e a ação de descumprimento de preceito fundamental, eliminando ainda limitações

---

<sup>76</sup> Que levou à criação dos Juizados Especiais (art. 98) e fortalecimento das Defensorias Públicas (art. 5º. LXXIV), por exemplo.

procedimentais para o controle de constitucionalidade difuso (como a relevância geral para requisito de admissibilidade de Recurso Extraordinário).

Entretanto, Veríssimo destaca que o efeito desta ampliação causou um desequilíbrio nas funções do STF, soterrando a corte debaixo de uma verdadeira avalanche de processos. As estatísticas trazidas para sustentar tal argumento são de que, se em 1987 o STF havia resolvido 20.122 casos em doze meses, vinte anos depois, em 2007, o número de ações e recursos julgados no ano havia se **multiplicado por 8**, com 159.522 casos (VERÍSSIMO, 2008, p. 410).

Explicação para o assombroso volume de casos distribuídos ao STF está na sua competência recursal:

De 1988 para cá, foram mais de um milhão de recursos extraordinários e agravos de instrumento apreciados por onze juízes, o que significa 95,10% dos casos distribuídos e 94,13% dos casos julgados pelo Tribunal. (VIEIRA, 2008, p. 449).

Sobre essa enorme produtividade do STF, Veríssimo examinou as estatísticas após 1988 e encontrou que “a imensa maioria dos processos resolvidos atualmente pelo STF [88,20%] não são (*sic*), ao final das contas, levados a julgamento colegiado, quer nas Turmas, quer no Plenário. Ao contrário, são objeto de julgamento monocrático.” (VERÍSSIMO, 2008, p. 419).

Retomando o volume de decisões monocráticas, Vieira afirma:

Isto apenas demonstra que o Tribunal vem utilizando um alto grau de discricionariedade para decidir o que vai para os distintos colegiados e o que pode ser abatido monocraticamente. Em política, o controle sobre a agenda temática, bem como sobre a agenda temporal, tem um enorme significado; e este poder se encontra nas mãos de cada um dos ministros, decidindo monocraticamente. Esse poder e os critérios para a sua utilização, como não são expressos, fogem a possíveis tentativa de compreensão, quanto mais de controles públicos sobre essa atividade. Cria-se, assim, uma sensação de enorme seletividade em relação aquilo que entra e o que fica de fora da pauta do Tribunal. (VIEIRA, 2008, p. 450)

Tal cenário levou à elaboração da Emenda Constitucional n. 45, que, como destaca Veríssimo (2008, p. 418), “além de eliminar várias das competências alheias ao controle de constitucionalidade (...), reintroduziu a relevância geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, através do mecanismo da repercussão geral.”

Na mesma esteira, permitindo ao STF que determine a vinculação das decisões proferidas no controle difuso – e diminua sensivelmente o número de processos julgados –, foi criada também a súmula vinculante.

Nas palavras de Vieira, tais instrumentos foram uma tentativa de corrigir a fragmentação do sistema difuso de controle de constitucionalidade.

A inclusão da arguição de repercussão geral, pela qual o Supremo poderá, *de iure*, e não apenas, *de facto*, exercer sua discricionariedade, barrando a subida de milhares de processos todos os anos, e da súmula vinculante, que reforça a sua autoridade, permitindo a imposição erga omnes de suas decisões, foi uma reação à enorme fragmentação de nosso sistema de controle de constitucionalidade. (VIEIRA, 2008, p. 450).

Entretanto, tais regras acabaram limitando o amplo acesso desenhado pelo constituinte de 1987-88.

A expansão do número de demandas também pode ser explicado pela criação de outros meios processuais de defesa de direitos, dando destaque para o Mandado de Segurança e a Ação Civil Pública coletivos, como enumera Carlos Augusto Silva em sua tese sobre o **processo civil como estratégia de poder** (2004):

A Constituição de 1988, de maneira peremptória, sagrou os instrumentos necessários ao alargamento da judicialização da política. O ***due process of law*** foi abrigado explicitamente (art. 5º, inc. LIV), permitindo maior controle por parte do Judiciário da constitucionalidade de atos do poder público, como já visto.

O **mandado de segurança** permaneceu com *status* constitucional, tendo a novel Carta inovado quanto ao mandado de segurança coletivo, a ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída (art. 5º, LXX, a, b).

A ação civil pública foi criada pela Lei nº 7.347, de 1985, que disciplinava “a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências”. **A ação civil pública que se revelou vultoso instrumento de impugnação de atos da administração pública pela sociedade civil organizada, teve seu campo de atuação ampliado.** O art. 129, inc. III, conferiu ao Ministério Público legitimidade para “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. (SILVA, 2004, p. 136-137).

Desta forma, vimos que a ampliação do acesso ao Judiciário se deu de maneira múltipla, tanto pela vontade do constituinte de 1987-88, quanto pela legislação anterior.

### 3.4 CONCLUSÃO

Como visto, abordamos diversos conceitos para a expressão judicialização da política, classificando-os quanto à forma de sua abordagem em conceitos que adotam variáveis institucionais e conceitos que adotam variáveis volitivas (ou atitudinais).

As definições encontradas na literatura são, em sua grande maioria, tautológicas. Isto é, explicam os efeitos do fenômeno como sendo responsáveis por sua própria causa. Como no famoso conto do Barão de Münchhausen, o argumento de que a judicialização seria resultado da transferência da tomada de decisão do Legislativo para o Judiciário ou ainda, da expansão no número de processos judiciais é argumento circular, tal qual escapar do pântano puxando-se pelos próprios cabelos.

No mesmo sentido, afirmam Carvalho e Marona:

Ao lado das condições institucionais, contudo, **adiciona-se, muitas vezes, uma variável ligada ao comportamento dos juizes**, avaliando sua predisposição para, uma vez acionados, tomarem parte do jogo político, interferindo de fato no resultado (**voluntarismo ou ativismo político**). (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 8-9).

Dessa forma, se o aumento de ações aforadas é **causa e efeito** da judicialização, buscamos uma abordagem que rompa esse círculo argumentativo. Neste aspecto o caminho escolhido no presente trabalho seguiu o que recomendam Carvalho e Marona (2010, p. 21): “uma perspectiva que se volta para a definição e avaliação do processo de judicialização com foco no ambiente político institucional [...] pode dispensar a variável comportamental e centrar seus esforços na análise do desenho institucional.”

Assim, no contexto do método adotado (abordagem institucionalista), nosso intuito foi isolar as variáveis que não dependem do voluntarismo dos atores políticos e jurídicos envolvidos. Nesta senda, buscamos nas variáveis institucionais – que delimitam as regras do jogo – a definição e avaliação do processo de judicialização, destacando nos elementos institucionais definidores da judicialização da política as regras (normas jurídicas) que estabelecem a estrutura institucional e guiam a estratégia de comportamento dos envolvidos.

Como vimos em 3.2, indicamos como variáveis institucionais as normas, principalmente constitucionais, que (a) estruturam nosso sistema de controle de constitucionalidade; (b) concedem ao Judiciário o papel de mediação institucional – com destaque para a Justiça Eleitoral; (c) garantem ampla gama de direitos fundamentais e sociais, permitindo sua justiciabilidade e (d) estabelecem a inafastabilidade do Poder Judiciário, assegurando no amplo acesso à Justiça sua expansão.



## 4. A POLÍTICA POR MEIO DOS TRIBUNAIS

### 4.1 INTRODUZINDO INSTRUMENTOS DE ANÁLISE: *VETO PLAYERS* E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A participação de juízes, desembargadores e ministros no âmbito das decisões políticas, próprias da competição político-partidária, desperta reações dos mais variados atores e nas mais diversas direções. Essas respostas, tanto as favoráveis quanto as contrárias – inteiramente previsíveis, já que tangem interesses –, reiteram a consolidação de uma arena de disputas, na qual o protagonismo judicial apresenta-se como componente essencial. (SADEK, 2011, p. 23).

A afirmação de Maria Tereza Sadek, em epígrafe, ilustra a importância da participação de integrantes do Poder Judiciário no âmbito da competição político-partidária.

Neste aspecto, este capítulo se propõe a aprofundar a análise dos resultados e objetivos políticos que podem ser perseguidos dado o atual arranjo institucional. Assim, explicaremos sucintamente algumas ferramentas disponíveis na política comparada que servirão de base para nossa reflexão.

Em sua obra recentemente versada para o português, George Tsebelis desenvolve um instrumento para permitir a comparação entre instituições políticas de diferentes países, levando em conta a relação entre a estabilidade decisória e o número de “atores individuais ou coletivos cujo acordo é necessário para uma mudança do *status quo*”<sup>77</sup> (TSEBELIS, 2009, p. 41).

Os **atores com poder de veto** são aqueles necessários à manutenção e alterações no *status quo*, como afirma Tsebelis: “para mudar o *status quo*, um certo número de atores individuais ou coletivos deve concordar com a mudança proposta. Chamo esses atores de *veto players*: atores com poder de veto.” (TSEBELIS, 2009, p. 16).

---

<sup>77</sup> A estabilidade decisória, para Tsebelis, tem relação direta com a manutenção do *status quo*. Para a análise que segue, as alterações no *status quo* são obtidas por mudanças de rumo nas políticas adotadas (*policies*), principalmente operadas por meio de modificações na legislação. Nesse contexto, a estabilidade decisória é obtida com a manutenção inalterada da legislação.

Tsebelis prossegue, explicando que por ser um documento que determina o funcionamento das instituições políticas, é na Constituição que podemos identificar os *veto players* de determinado país:

Os atores com poder de veto são especificados num país pela Constituição (o presidente, a Casa Branca e o Senado, nos Estados Unidos) ou pelo sistema político (os diferentes partidos que são membros de uma coalizão governamental, na Europa oriental). Chamo esses dois diferentes tipos de atores com poder de veto de institucionais e partidários, respectivamente. (TSEBELIS, 2009, p. 17).

Em seu intuito de estabelecer bases e instrumentos de análise para a política comparada, o autor prossegue explicando sua teoria, que utilizaremos para refletir no uso do Poder Judiciário para operar mudanças do *status quo*:

Cada sistema político possui uma configuração de atores com poder de veto (um número de atores com poder de veto, com distâncias ideológicas específicas entre eles, e cada qual com uma certa coesão). Todas essas características **afetam o conjunto de resultados que podem substituir o *status quo***. (...) Além disso, as instituições políticas ordenam os atores com poder de veto em sequências específicas para tomar decisões políticas. Os atores com poder de veto específicos, que apresentam propostas do tipo “pegar ou largar” aos outros atores com poder de veto, **detêm o controle das políticas que substituem o *status quo***. Chamo tais atores com poder de veto de ***estabelecedores ou definidores da agenda***. Aqueles que estabelecem a agenda precisam fazer propostas aceitáveis aos outros atores com poder de veto (caso contrário, as propostas serão rejeitadas e o *status quo* será preservado). (TSEBELIS, 2009, p. 17, grifo nosso).

Embora os atores com poder de veto<sup>78</sup> sejam normalmente os indicados na Constituição (atores institucionais), conforme Tsebelis, o Poder Judiciário pode se transformar em um *veto player* adicional.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Optamos por utilizar ao longo do texto, a expressão original, em língua inglesa (*veto player*) em frases longas, privilegiando a expressão mais curta para facilitar a leitura, bem como adotando a frase na sua tradução para o português (atores com poder de veto) quando as sentenças não forem tão extensas, auxiliando assim na assimilação do conceito.

<sup>79</sup> No Brasil, teríamos 3 atores com poder de veto: Presidente da República, Câmara de Deputados e Senado Federal.

Dito de outro modo, em países onde há o exercício da jurisdição constitucional, com a possibilidade de influir na arena política – e conseqüentemente, redefinindo a alocação de recursos públicos –, o Poder Judiciário pode ser somado à lista dos atores com poder de veto:

(...) a evidência empírica corrobora a suposição de que a independência do Judiciário aumenta como função dos atores com poder de veto.

Apesar de estar claro que o Judiciário de um país não é um ator com poder de veto quando realiza interpretações estatutárias, porque ele pode ser sobrestado pela legislação, o oposto também é verdade em relação à interpretação constitucional. (TSEBELIS, 2009, p. 317).

Na análise proposta por Tsebelis, a inclusão do Judiciário como mais um ator com poder de veto é decorrência da estabilidade decisória. Isto porque, quanto maior o número de *veto players*, maiores são os obstáculos para efetuar mudanças no *status quo* – por exemplo, mudanças na Constituição e na legislação infraconstitucional – e maiores as chances de que a decisão judicial não seja sobreposta por alterações no *status quo*.

Por outro lado, ao exercer a jurisdição constitucional de forma independente – isto é, com opiniões próprias e desvinculadas das dos outros atores envolvidos no processo decisório –, o Judiciário também pode impedir uma mudança legislativa e manter a estabilidade decisória. Logo, terá mantido o *status quo*.

Fazendo um paralelo com a função contramajoritária atribuída ao controle de constitucionalidade, podemos afirmar que neste modelo idealizado, a jurisdição constitucional opera impedindo alterações no *status quo*, ainda que em oposição à vontade da maioria legislativa, trazendo obstáculos à mudança de rumos e prioridades.

Neste aspecto, o modelo se amolda ao desenho institucional idealizado.

Entretanto, Tsebelis destaca que é comum que os integrantes das cortes e tribunais constitucionais não marquem opinião destoante do conjunto já estabelecido no embate político, optando por se manter alinhados às opiniões dos atores políticos que os selecionaram. Quando esse fenômeno ocorre, Tsebelis (2009, p. 343) afirma que os efeitos das escolhas manifestadas pelas cortes constitucionais são mitigados.

Sendo coincidentes com as posições dos outros atores com poder de veto, são absorvidos por estes, sem influir quaisquer modificações (seja aumento, seja diminuição) na estabilidade decisória e na manutenção do *status quo*.

Dessa forma, podemos entender por que a *judicialização da política* é ora vista com bons olhos, ora vista com horrores. Tsebelis explica que “aqueles a quem o *status quo* desagrada preferirão um sistema político com a capacidade de fazer mudanças rapidamente, enquanto os defensores do *status quo* preferirão um sistema que produz estabilidade decisória. (TSEBELIS, 2009, p. 23).

Assim, Tsebelis destaca que não podemos afirmar, em abstrato, se é desejável um ritmo mais rápido ou mais lento de mudanças no *status quo*, eis que tal opinião sempre dependerá do ponto de vista político do observador:

A determinação de produzir mudanças decisórias é boa quando o *status quo* é indesejável (seja porque uma pequena minoria controla o governo, como na França do *Ancien Régime* ou, mais recentemente, na África do Sul) ou quando um choque exógeno perturba um processo desejável (...). O compromisso de não intervenção pode ser preferível quando o *status quo* é desejável (como quando os direitos civis estão estabelecidos), ou quando um choque exógeno é benéfico. (TSEBELIS, 2009, p. 24).

O autor ainda relata que as decisões nas quais o Poder Judiciário altera ou mantém o *status quo*, podem, muitas vezes, ser resultado de uma **delegação voluntária** de competências dos outros *veto players* ao Judiciário. Para ilustrar, menciona o exemplo das legislações sobre fumo e armas de fogo:

Pensem nos casos seguintes: nos Estados Unidos (país com três atores com poder de veto), **a Corte Suprema tomou decisões sobre questões extremamente importantes que na maioria dos outros países teriam sido prerrogativa do Poder Legislativo**. Imediatamente se pensa em descentralização e escolha. Mas **fumo e armas de fogo** podem integrar a lista de **decisões políticas delegadas aos tribunais de Justiça, porque o sistema político é incapaz de legislar sobre esse tema**. (TSEBELIS, 2009, p. 312, grifo nosso).

Explicando mais claramente porque o sistema político seria incapaz de legislar sobre determinados temas, Tsebelis expõe o conceito de **custo de transação** existente para cada decisão legislativa.

Nas palavras do autor, “há sérios custos de transação para cada decisão legislativa: pode-se, por exemplo, tomar a iniciativa de apresentar um projeto de lei, formar uma coalizão para apoiá-lo, ou eliminar os opositores que tenham opinião diferente, comprando-os ou consolidando alianças.” (TSEBELIS, 2009, p. 314).

Partindo do pressuposto de que o ator político age racionalmente, maximizando seus benefícios, ele só tomará a iniciativa da lei hipotética se, em seu cálculo, a lei trouxer benefícios políticos superiores aos custos das transações para obter apoio àquela iniciativa legislativa. Tsebelis (2009, p. 314) complementa: “Se a diferença entre a decisão judicial ou burocrática e o resultado que um ator com poder de veto específico tende a obter não for suficientemente grande, tal iniciativa pode não valer a pena.”

#### 4.2 DELEGANDO AO JUDICIÁRIO MATÉRIAS COM ALTO CUSTO DE TRANSAÇÃO

Como veremos adiante, é possível afirmar que vários dos casos de jurisdição constitucional levados ao Poder Judiciário envolvem uma delegação intencional de poderes por parte do Executivo e do Legislativo.

Sobre as demandas sociais que apresentam custos para sua implementação maiores do que os interesses envolvidos, assim afirma Ernani Carvalho:

**Toda demanda social que não envolva interesse suficiente ou agregue alto custo certamente encontrará dificuldade para ser efetivada.** Alguns tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político. (CARVALHO, 2004, p. 120).

Neste aspecto, determinadas políticas acabam sendo delegadas<sup>80</sup> ao Poder Judiciário por apresentarem altos **custos de transação** (isto é, custos políticos de se apresentar e votar o projeto de lei).

Robert Dahl, em artigo de 1957, já observava estes elementos políticos na relação entre a maioria governista e a Suprema Corte norte-americana:

A maior tarefa da [Suprema] Corte é conferir legitimidade às fundamentais diretrizes da coalizão vencedora. Há momentos em que a coalizão é instável com relação a certas diretrizes de destacado valor; com grande risco para seus próprios poderes de legitimidade, a Corte pode intervir nesses casos e pode inclusive ser vitoriosa no estabelecimento da diretriz.

Citando como exemplo os casos da ampliação dos direitos civis aos negros, Dahl explica como normativas políticas que não detém apoio suficientemente largo para garantir maioria legislativa, ainda assim podem ser implementadas pelo Poder Judiciário de forma coerente com os objetivos políticos e, por isso, garantem legitimidade à decisão judicial:

Provavelmente, nesses casos a Corte terá sucesso somente se sua decisão estiver em conformidade e reforçar uma ampla gama de normativas explícitas ou implícitas sustentadas pela liderança política; **normativas que não são fortes o bastante ou não são distribuídas de tal maneira que possam garantir a existência de uma maioria legislativa mas são, não obstante, fortes o suficiente para prevenir qualquer ataque bem sucedido nos poderes de legitimidade da Corte.** Isso é provavelmente a explicação para o trabalho relativamente bem sucedido da Corte na ampliação dos direitos eleitorais aos Negros nas últimas três décadas e nas famosas decisões de integração escolar.<sup>81</sup> (DAHL, 1957, p. 294).

---

<sup>80</sup> Esta delegação não é, necessariamente, intencional. No processo legislativo, algumas matérias são simplesmente deixadas de lado enquanto não recebem apoio de maiorias consistentes ou da opinião pública. Caso grupos de pressão levem a questão ao Judiciário, este não poderá se furtar de dar uma decisão.

<sup>81</sup> Tradução livre. No original : "*The main task of the Court is to confer legitimacy on the fundamental policies of the succesful coalition. There are times when the coalition is unstable with respect to certain key policies; at a very great risk to its legitimacy powers, the Court can intervene in such cases and may even succeed in establishing policy. Probably in such cases it can succeed only if its action conforms to and reinforces a widespread set of explicit or implicit norms held by the political leadership; norms which are not strong enough or are not distributed in such way as to ensure the existence of an effective lawmaking majority but are, nonetheless, sufficiently powerful to prevent any successful attack on the legitimacy powers of the Court. This is probably the explanation for the relatively successful work of the Court in enlarging the freedom of Negroes to vote during the past three decades and in its famous school integration decisions.*"

No Brasil, podemos citar como exemplo a regulamentação da união civil para casais homoafetivos. Embora já tivesse sido objeto de proposta de lei desde 1995 (PLC 1.151/95), a matéria jamais chegou a ser encaminhada ao plenário. Mesmo em 2006, com maioria governista no Congresso e com o tema dos direitos homoafetivos alçado à condição de programa de governo<sup>82</sup>, ainda assim a questão apresentava alto custo de transação, suficiente para imobilizar o debate da questão no Poder Legislativo.<sup>83</sup>

Entretanto, por meio do julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132 em 05 de maio de 2011, o STF estendeu à união homoafetiva os mesmos direitos conferidos à união estável entre homem e mulher. Cumpre observar que, à falta de resistência do governo com relação à decisão, houve inclusive parecer favorável do corpo jurídico destinado à defesa dos interesses do governo (Advocacia-Geral da União), demonstrando indícios de que a matéria, envolvendo altos custos de transação para o Legislativo, foi convenientemente delegada para ser decidida pelo Poder Judiciário.

Além de servir para explicar a delegação, ao Poder Judiciário, de temas que envolvam altos custos de transação na arena legislativa, podemos observar o fenômeno inverso, quando determinados atores políticos, normalmente da oposição, ingressam em juízo exatamente para **impor custos** à maioria, contestando publicamente as políticas adotadas. É o que abordaremos a seguir.

#### 4.3 LEVANDO MATÉRIAS AO JUDICIÁRIO PARA IMPOR CUSTOS POLÍTICOS - *VENUE SEEKING*

O uso político do Judiciário é estudado por Matthew Macleod Taylor (2007) que encontrou, no uso sistemático de processos judiciais pela oposição, uma estratégia buscando derrotar, no campo jurídico, o grupo detentor da maioria

---

<sup>82</sup> O programa Brasil sem Homofobia tinha como objetivo de combater a violência e a discriminação contra homossexuais.

<sup>83</sup> Embora sem dados para afirmar, podemos especular que o grupo político que era simpático ao projeto percebia no seu eleitorado, ao defender a união homoafetiva, chances maiores de perdas do que de ganhos.

legislativa. O autor define esse comportamento de **busca pelo local institucional mais favorável para contestar as políticas públicas** com a expressão *venue seeking*.

Trata-se dos casos em que **minorias legislativas**, potencialmente vencidas no campo legislativo, optam pelo Poder Judiciário como palco dos embates políticos, transformando debates ideológicos em processos judiciais nos quais, por intermédio de seus advogados, situação e oposição se enfrentam no jogo jurídico.

Tal estratégia também foi identificada por Thais Florêncio de Aguiar:

Essa judicialização da política manifesta-se também no **uso dos tribunais e Cortes constitucionais até mesmo por políticos de oposição e partidos que, abandonando os púlpitos legislativos, lançam mão do poder judiciário para se opor às iniciativas do governo ou mesmo obstruí-las**. Com efeito, a judicialização atinge inclusive a classe política, sobre a qual se pressupunha vigorar a arte do consenso, ou seja, transfere-se a responsabilidade da tomada de decisão para as Cortes e se legitima seus métodos. (AGUIAR, 2007, p. 4).

Na experiência brasileira, vejam-se as inúmeras ações movidas perante o STF entre situação e oposição, seja para a instalação de CPIs<sup>84</sup> como exercício da minoria parlamentar, seja para a manutenção dos mandatos junto aos partidos, no bojo das discussões sobre a fidelidade partidária.<sup>85</sup>

Neste aspecto, os tribunais ampliam o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas – ainda que já tenham sido aprovadas por amplas maiorias legislativas. (TAYLOR, 2007, p. 3). Com isso, o autor constata que por conta da capacidade do Judiciário de impor suas decisões, ele vem sendo usado crescentemente como uma estratégia ('*venue*') para continuar o debate político.

No mesmo sentido, Maria Tereza Sadek destaca que o fortalecimento do Judiciário tornou-o mais visível para os agentes políticos, que “encontraram no Judiciário um novo interlocutor e uma nova arena, tanto para seus confrontos quanto para contestar políticas governamentais e decisões de maiorias legislativas. (SADEK, 2008, p. 18).

---

<sup>84</sup> Mandado de Segurança 26.441, no STF.

<sup>85</sup> Mandado de Segurança 26.604, no STF.



Como destaca a autora, a utilização do Judiciário para fins políticos<sup>86</sup> vai muito além das questões levadas ao STF, eis que todas as instâncias do Poder Judiciário servem de campo de batalha, para a chamada **guerra de liminares**:

A utilização do Judiciário para fins políticos não se restringe ao STF. Os demais tribunais (STJ, TSE, TST, TRF, TRT E TJs) e varas também têm sido muito utilizados. **A crescente demanda por liminares é o melhor indicador desse tipo de estratégia.** Mesmo que a concessão de uma liminar venha a ser suspensa por instâncias superiores, este procedimento **cumpr**e um papel relevante na luta político-partidária, uma vez que **tem capacidade de retardar decisões e/ou provocar constrangimentos para o Executivo e para a maioria.** Some-se ainda a essas faculdades o fato de concorrer para tornar mais conhecidos e marcar a posição de determinados atores na arena política. (SADEK, 2011, p. 18).

Nesta senda, tanto grupos de interesse quanto a oposição acionam o Poder Judiciário em busca de que seus interesses econômicos e sociais sejam atendidos. Em dados coletados por Ernani Carvalho (2004, p. 118), das 2.813 ADIs impetradas até 26.06.2003, um total de 740 (ou 26,31%) foram requeridas por confederações sindicais ou entidades de classe.

Logo, afirma, “não é preciso maiores análises. Os números demonstram uma participação efetiva dos grupos de interesse na utilização das ADINs como instrumento de defesa de seus interesses.”<sup>87</sup> Quanto aos partidos políticos, estes “ocupam a terceira colocação no rol de impetrantes de ADINs, correspondendo a 590 (ou 20,97%) do total.”<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> John Ferejohn (2002, p. 42) diferencia os conceitos de judicialização da política e politização do judiciário, indicando que a politização se dá quando atores externos ao Judiciário usam-no para atingir seus objetivos políticos. Entretanto, para nossa análise, trataremos do fenômeno como sendo judicialização da política, eis que em nossa abordagem a judicialização decorre das regras institucionais que, neste caso, possibilitam este uso político do Judiciário. Neste aspecto, não nos interessa marcar distinção conceitual, mas apenas descrever alguns dos resultados do arranjo institucional.

<sup>87</sup> O autor afirma ainda que os sindicatos e entidades de classe ocupam o segundo lugar na quantidade de ADINs propostas, só perdendo para os governadores de estados. (CARVALHO, 2004, p.119).

<sup>88</sup> Embora os dados do STF não indiquem quais os partidos que foram os autores das ADINs, Ernani Carvalho faz referência a outros dados que demonstram que a maioria das ações foram propostas por partidos de oposição. De 1988 até 1998, 74% das ADINs impetradas foram oriundas de partidos de oposição. (CARVALHO, 2004, p. 119).

Por fim, Carvalho (2004, p. 120) conclui que “o uso dos tribunais pela oposição é um fato consumado no Brasil. A utilização das ADINs como instrumento de contestação de políticas tornou-se um recurso freqüente.”

Um levantamento detalhado da participação e influência política das minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e indivíduos por meio do Judiciário no Brasil pode ser encontrado na pesquisa feita por Matthew Taylor. Eis um pequeno exemplo colhido pelo autor entre os anos de 1988 e 2002:

Nos 15 anos entre 1988 e 2002, **o STF – somente através do instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin – concedeu decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais.** (...) Mesmo no governo de Fernando Henrique Cardoso – um presidente apoiado (pelo menos inicialmente) por uma ampla coalizão reformista –, o Judiciário federal como um todo foi convocado por atores externos para julgar todas as principais políticas públicas adotadas pelo Executivo e seus aliados no Congresso. (...) As mais significativas e reais ameaças às reformas surgiram no Judiciário e não no Legislativo: **das 10 principais iniciativas políticas aprovadas durante o governo Fernando Henrique, todas foram contestadas de alguma forma pelo Judiciário, e sete das 10 foram alteradas ou atrasadas de alguma maneira no STF.** (TAYLOR, 2007, p. 237, grifo nosso).

Taylor esclarece que esta contestação judicial foi realizada em consequência das regras institucionais. Tais regras dão poder a grupos minoritários “que não agem no momento da deliberação entre Executivo e Legislativo [...], inserindo-os no debate *pós-hoc* e permitindo que usem os tribunais como um ponto de veto no jogo político.” (TAYLOR, 2007, p. 238).

No mesmo sentido, em trabalho conjunto com Luciano da Ros, Taylor realiza um comparativo entre os governos Lula e FHC na amplitude do uso das ADIs como instrumento político. Os autores apresentam três usos políticos dos tribunais, a judicialização como **tática de oposição**, a judicialização como **arbitragem de interesses em conflito** e como **instrumento de governo**.

Para Taylor e Da Ros (2008, p. 838), a tática de oposição torna-se visível quando “os tribunais são acionados com o propósito de declarar oposição ou desmerecer políticas públicas adotadas pelo governo”. No dizer dos autores:

Enquadram-se nesse perfil especialmente as Adins propostas por partidos políticos excluídos da coalizão governista, que são empregadas como instrumentos que amplificam a voz desses mesmos grupos no embate político. [...]

Nesse mesmo sentido, **as cortes também podem ser buscadas com o objetivo de vetar integralmente ou retardar a implementação de determinadas políticas governamentais, ocasião em que o objeto a ser atacado não é necessariamente uma política pública em si, mas a simples possibilidade de impor uma derrota ao adversário.** Em todos os casos, trata-se de empregar os tribunais, literalmente, como uma última instância, à qual se pode recorrer para derrotar determinadas políticas, denunciar as práticas do governo e tornar clara a posição contrária de determinados grupos a estas. (TAYLOR e DA ROS, 2008, p. 838).

Apoiados nos estudos de Dotan e Hofnung, Taylor e Da Ros explicam que, ainda que a oposição tenha pequena chance de sucesso, a judicialização vale a pena para atrair atenção pública e ampliar a visibilidade de sua contestação política:

De acordo com Dotan e Hofnung (2005), uma interessante questão emerge desse particular: por que legisladores fazem uso dos tribunais mesmo quando suas chances de vitória são mínimas e ainda mais se esse mesmo uso pode resultar na restrição da autonomia do próprio Poder Legislativo? A resposta que os autores oferecem é que, **a despeito das pequenas chances de sucesso na arena judicial, políticos podem se beneficiar por contestar políticas majoritárias porque angariam em torno de si considerável atenção pública, decorrente em especial da visibilidade** que os meios de comunicação dedicam a esses episódios. (TAYLOR e DA ROS, 2008, p. 827-828).

Sobre os objetivos que uma minoria legislativa poderia alcançar, Taylor e Da Ros, transcrevendo Dotan e Hofnung, afirmam que os partidos podem **“levantar dúvidas sobre as políticas adotadas, chamar a atenção pública para supostas ilegalidades procedimentais cometidas ou ainda desmerecer as políticas** que buscam suporte majoritário.” (DOTAN e HOFNUNG, 2005, p. 10, *apud* TAYLOR e DA ROS, 2008, p. 828, grifo nosso).

Desta forma, a vitória política ocorre independentemente da uma vitória judicial. Como sumarizam Dotan e Hofnung no título de seu trabalho, derrotas judiciais se transformam em vitórias políticas. (TAYLOR e DA ROS, 2008, p. 828).

Por fim, Matthew Taylor e Luciano da Ros indicam claramente que, para servir ao propósito político, os partidos sequer necessitam da liminar ou da decisão judicial favorável, servindo para angariar benefícios políticos o simples ajuizamento perante o Judiciário:

**[...] a maioria dos proponentes (especialmente os partidários) recorre aos tribunais não tanto com a intenção de ver a lei atacada na Adin ser efetivamente declarada inconstitucional, mas fundamentalmente porque pretende se valer da via judicial como um canal para garantir mais visibilidade a seus atos contrários ao governo, tornando mais públicas suas declarações de oposição a políticas adotadas pelo governo ou ao governo propriamente. Portanto, como 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.<sup>89</sup> (TAYLOR e DA ROS, 2008, p. 844-845).**

Assim, o autor constata que por conta da capacidade do Judiciário de impor suas decisões, ele vem sendo usado crescentemente como uma '*venue*' para a contestação das políticas públicas.

Neste contexto as minorias parlamentares, que poderíamos chamar daqueles que foram 'eleitos por poucos', não tendo espaço para manifestar seu dissenso na arena legislativa, passam a utilizar o Poder Judiciário como veículo de sua atividade política.

#### 4.4 CONCLUSÃO

Neste capítulo buscamos apresentar algumas das variadas formas de uso político dos tribunais, demonstrando em detalhes algumas das táticas empregadas pelos atores políticos.

---

<sup>89</sup> Os autores destacam ainda que alguns requerentes, como a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, se preocupam mais do que os partidos, eis que têm uma “reputação legal” a zelar. Segundo os autores, isso ajuda a explicar a maior reticência da OAB na utilização das ADIs como mero instrumento declaratório de oposição, bem como a taxa de procedência de suas ADIs sensivelmente maior do que a dos partidos.

O enfoque é explicitar que os outros poderes da República também se beneficiam do Judiciário, utilizando os fatores institucionais (enumerados no capítulo 2) como estratégias que alteram seus comportamentos.

A noção de custos de transação e de *venue seeking* auxiliam a enxergar os mecanismos que levam o Judiciário a ser provocado para uma ampla diversidade de questões, seja para desmistificar sua atuação como legislador positivo – quando recebe a matéria por delegação auto-interessada de parlamentares – seja para atuar como arena para mais uma entre inúmeras batalhas partidárias, ou ainda como palco para a hipere Exposição de algum grupo que, dela retirará benefícios políticos.

Os exemplos colhidos da literatura e os casos narrados foram trazidos para desmistificar essa política realizada por meio do Poder Judiciário. Nossa premissa é que, dadas as regras do jogo, os atores são livres para delas tentar tirar o melhor proveito que puderem. Neste aspecto, como é da natureza política o debate e o embate, natural que o Judiciário sirva de espaço para a continuação destas batalhas, salutares no regime democrático – desde que realizadas dentro das regras do jogo.

Assim, como já vimos no primeiro capítulo, foram os próprios atores políticos que desenharam, em 1988, a atual configuração das regras. Nada mais natural que se lhes seja permitido usufruir das possibilidades criadas.

## 5. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

### 5.1 ENFRENTANDO AS QUESTÕES DE LEGITIMIDADE

**Na mesma medida em que se fortalece o protagonismo do Judiciário, crescem e acirram as posições favoráveis e as contrárias a esse fenômeno.** A valorização do ativismo judicial e do constitucionalismo tem seu contraponto na contenção, nos riscos da extrapolação de suas funções, na importância dos preceitos majoritários. (SADEK, 2011, p. 27).

A maior parte da literatura reconhece a existência de algum dos fenômenos descritos como judicialização da política. Entretanto, há uma ampla variedade de opiniões divergentes quando se trata de apontar posições favoráveis ou contrárias, como bem afirma Maria Tereza Sadek na frase em epígrafe.

Neste item buscaremos rebater as principais críticas usualmente feitas à judicialização da política, de que a atuação dos tribunais em questões políticas seria incompatível com regimes democráticos.

Por sua relevância, vale transcrever, nesse sentido, a opinião de Jürgen Habermas, na síntese feita por Micheli Iwasaki:

Habermas [...] compreende que o Judiciário é um **local desprovido de legitimidade democrática e, a partir disso, explicita a impossibilidade da atuação ilimitada na política, pois não obedece à racionalidade da competência legislativa e à divisão de poderes no Estado.** Assim, a comunidade de intérpretes da Constituição seria composta pela opinião e vontade da sociedade civil na esfera pública, sendo desnecessária a mediação pelos tribunais. (HABERMAS, 1998, *apud* IWASAKI, 2008, p. 106-107)

Os elementos que constituem argumentos pela falta de legitimidade do Poder Judiciário estão normalmente relacionados à ausência de mecanismos de representação popular para sua composição e à sua imposição de suas decisões sobre a vontade popular materializada nos Poderes Legislativo e Executivo.

Está em pauta a representatividade democrática: o que significa eleger o Judiciário como canal privilegiado de reivindicação em detrimento do Legislativo?

Essa nova disposição dos poderes políticos é ameaçadora do princípio democrático?

Aqui buscaremos responder a estas questões, atacando o argumento de que o Poder Judiciário é desprovido de legitimidade por não atender o princípio da representação democrática, não sendo composto por representantes eleitos.

Para qualificar o debate, agrupamos as censuras à judicialização nos seguintes argumentos:

- (a) O Poder Judiciário é desprovido de legitimidade por não atender o princípio da representação democrática, não sendo composto por representantes eleitos;
- (b) O Judiciário afronta a vontade da maioria, contrariando decisões dos representantes legitimamente eleitos;
- (c) O Judiciário atenta contra o princípio da separação dos poderes, ao intervir em questões que deveriam ser reservadas às instâncias políticas e
- (d) O método jurídico é hermético e formalista, adotando procedimentos que não cedem espaço ao debate e à deliberação coletiva na busca por consensos.

Para responder a essas questões, vamos tratá-las de (a) a (c) uma a uma, isoladamente, nos itens 5.1.1 a 5.1.3, na ordem em que estão:

Quanto à questão (d) esta será objeto de análise destacada, eis que trata das transformações que aproximam o Poder Judiciário da participação democrática, como defenderemos ao longo do item 5.2 e seus subitens.

### **5.1.1 O problema da ausência de representatividade: o Judiciário não é composto por representantes eleitos**

São dois os argumentos que vamos desenvolver para solucionar, ao menos em parte, o problema da legitimidade do Judiciário no contexto da democracia representativa: *i)* a democracia não se realiza somente por meio da representação e *ii)* as regras institucionais que permitem a judicialização foram resultado da delegação pelos próprios constituintes, em obediência ao princípio democrático. Neste aspecto, ao contrário de usurpação de poderes legiferantes, temos que as atribuições do Poder Judiciário seguem um extenso rol de poderes que foram progressivamente delegados pelos atores políticos, pela via das alterações institucionais.

O primeiro passo está em atacar o argumento de que o Poder Legislativo detém o monopólio da atividade legiferante.

Como estudos da Ciência Política apontam há algum tempo, a tripartição de poderes não é absoluta e grande parte da legislação é oriunda, ou ao menos determinada pelo Executivo.

É o que indicam Argelina Cheibub Figueiredo e Fernando Limongi (2001) em que analisam o funcionamento do Executivo e do Legislativo no presidencialismo de coalizão. Debruçados sobre os dados da produção legislativa, podemos verificar que a maioria dos parlamentares não tem participação na atividade legiferante:

A iniciativa legislativa e a capacidade de controlar a agenda decisória se concentram inteiramente nas mãos do Executivo e do colégio de líderes. Efetivamente, o grosso do trabalho legislativo passa ao largo da contribuição da maioria dos parlamentares. (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2001, p. 72).

Ainda, munidos dos dados relativos à produção legal no Brasil pós-constituente, os autores demonstram a grande influência do Poder Executivo, informando que “**das leis aprovadas no período, 85,2% foram propostas pelo Executivo**. A probabilidade de uma proposta do Executivo ser rejeitada em plenário é de 0,026”. (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2001, p. 24, grifo nosso).



Ao tratar das medidas provisórias, Figueiredo e Limongi indicam que o Legislativo delega poderes legislativos ao Executivo e tem benefícios com isso:

Vista como uma forma de delegação a quem goza de vantagens comparativas para o desempenho das tarefas em questão, **a existência dos poderes legislativos extraordinários do Executivo pode ser benéfica para ambas as partes.** No caso, tanto o poder Legislativo, que deixa de exercer funções legislativas ou as exerce em menor grau, quanto o Executivo, que assume essas novas funções, ganhariam com esse arranjo institucional. Assim, a relação Executivo-Legislativo deixa de ser vista necessariamente como um jogo de soma zero. **Dito de maneira positiva, poderes legislativos excepcionais nas mãos do Executivo podem propiciar ganhos para o Legislativo e resultar em cooperação entre os dois poderes.** (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2001, p. 126, grifo nosso).

No mesmo sentido, porque não aceitar o argumento de que, ao invés de **usurpar funções legislativas**, o Judiciário as estaria recebendo, assim como o Executivo, por delegação do Legislativo?

Ainda com relação ao Poder Executivo, cumpre destacar a amplitude de seu controle sobre a atividade legislativa: O poder de agenda em suas atribuições de iniciativa privativa (no art. 85 da CF), o poder unilateral de declarar urgência no trâmite legislativo e ainda o poder de decreto pelas medidas provisórias, como afirmam Figueiredo e Limongi:

A capacidade de editar — e reeditar — medidas provisórias, o pedido de urgência e as vantagens estratégicas de que dispõe na apreciação do orçamento e de créditos suplementares garantem ao presidente a capacidade de ditar como, quando e o que entrará na agenda do Poder Legislativo. (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2001, p. 67).

Limongi e Figueiredo indicam ainda que tal delegação de poderes foi oriunda de uma intensa desconfiança do Legislativo. Assim, o desenho institucional estabelecido por parte do constituinte intencionalmente delegou amplos poderes legislativos ao Executivo (e, conforme nossa hipótese, ao Judiciário):

Na escolha institucional feita pelos parlamentares, pesou a avaliação negativa corrente sobre o Poder Legislativo. O temor de que o Congresso pudesse tornar-se um obstáculo à governabilidade informou e continua a informar as escolhas institucionais dos congressistas. (FIGUEIREDO e LIMONGI, 2001, p. 71).

Diante dessa estrutura institucional, afirmar que o Legislativo deve deter o monopólio da atividade legislativa está em descompasso com as efetivas – e mais complexas – relações e mecanismos existentes na atividade legiferante brasileira.

Em segundo lugar, é incorreto afirmar que apenas a legislação oriunda de **representantes eleitos** pode ser considerada democrática.

Nesse sentido, Marcos Nobre e José Rodriguez apontam que a representação política não é unicamente exercida pela representação, exemplificando que há inúmeras formas de atividade legiferante que não seguem o padrão da eleição para o Legislativo e são aceitas como democráticas:

Há conselhos de diversos tipos, há agências reguladoras, conferências nacionais. Isso também mostra que há já algum tempo o Legislativo deixou de deter de fato o monopólio da produção normativa - se é que alguma vez o teve realmente. (NOBRE e RODRIGUEZ, 2011).

Neste panorama, assim como estas outras esferas de deliberação que emanam normas e regramentos, o Judiciário funcionaria como um **representante indireto** da vontade popular, como afirma Barroso:

**Os riscos para a legitimidade democrática**, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como **representantes indiretos da vontade popular**. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. **Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la.** Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular. (BARROSO, 2008, p. 17-18).

Assim, poderíamos concluir que as regras institucionais permitem ao Poder Legislativo transferir poderes legiferantes ao Judiciário e retirar temas controvertidos

do debate público, onde dificilmente seriam decididos em sentido favorável ou sem grandes custos políticos.

### **5.1.2 O problema da última palavra (a guarda da Constituição como consenso provisório)**

A questão a ser debatida é se, ao declarar de forma conclusiva a inconstitucionalidade de uma lei oriunda de decisão dos representantes da maioria, legitimamente eleitos, o Judiciário não estaria agindo de forma antidemocrática.

Como resposta, podemos aduzir dois argumentos: *i)* quando age em oposição da maioria, o Judiciário estaria funcionando como instituição contramajoritária, exatamente como desenhado pelo constituinte, para impor obstáculos a maiorias eventuais; *ii)* a decisão judiciária não é a última palavra e pode ser sobrestada por ato legislativo, por meio de alterações nas leis ou Emendas à Constituição.

Trabalhando o primeiro argumento, precisamos introduzir alguns conceitos da teoria constitucional, dentre os quais a posição de supremacia da Constituição.

Segundo Jon Elster, muitos autores argumentam que as Constituições políticas são dispositivos de pré-compromisso, ou seja, mecanismos criados pelos políticos para se auto-restringir, protegendo-se de suas próprias tendências – previsíveis – a tomar decisões pouco sábias:

De acordo com John Potter Stockton, 'constituições são correntes com as quais os homens se amarram em seus momentos de sanidade para que não morram por uma mão suicida em seu dia de frenesi'. (...) De forma similar, Friedrich Hayek cita a visão de que uma Constituição é um laço imposto por Pedro, quando sóbrio, sobre Pedro quando bêbado. Em uma declaração mais recente, Cass Sunstein escreve: 'As estratégias de pré-compromisso constitucionais poderiam servir para superar a miopia ou a fraqueza da vontade da coletividade.'<sup>90</sup> (ELSTER, 2010, p. 119).

---

<sup>90</sup> O autor faz referência à comparação entre as constituições e a odisséia já no *Tractatus Theologico-Politicus* de Espinosa, assim como também cita John Potter Stockton, Friedrich Hayek e Cass Sunstein.

No mesmo sentido, afirmando o papel do Judiciário de proteger as minorias, Carlos Santiago Nino expõe que o processo democrático não pode ser o último recurso na proteção dos direitos individuais. Conforme o autor, a principal função dos direitos é justamente conter as decisões majoritárias e proteger os interesses das minorias.

Sua conclusão é esclarecedora: “A ideia de uma democracia liberal implica uma democracia limitada e insiste em que certos direitos não sejam violados, inclusive por decisões majoritárias”. (NINO, 1997, p. 269).

A questão, posta de maneira semelhante, também é encontrada na obra de Clèmerson Merlin Clève, estabelecendo que uma das missões do Judiciário em nossa democracia é zelar pela observância dos direitos fundamentais para, “no exercício da jurisdição constitucional, **proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura)**”. (CLÈVE, 2003, grifo nosso).

Entretanto, não podemos confiar unicamente na magistratura para garantir os direitos individuais e das minorias. É o que afirma Nino (1997, p. 260), fazendo a importante ressalva de que, assim como a maioria pode infringir os direitos das minorias, “não existe nenhuma garantia de que pessoas isoladas, como os juízes, não se vejam tentados a fazer o mesmo”.

Segundo o autor, afirmar a imparcialidade absoluta do julgador, ou ainda confiar que os juízes estão melhor situados para resolver questões relacionadas a direitos do que os eleitos pelo povo, seria fruto de um certo tipo de **elitismo epistemológico**.

É também o que faz Elster (2010, p. 7), agora na arena legislativa, ao contrapor que se deve ter cautela para transferir conceitos usados para estudar indivíduos em escala ampliada, eis que podemos ser induzidos em erro ao atribuir ao comportamento coletivo uma racionalidade não necessariamente verdadeira. Discute se as restrições constitucionais – como a exigência de quórum qualificado para emendá-la – são casos de auto-restrição, ou se seriam instrumentos para restringir os outros, futuros congressistas.

No entanto, ainda que o Poder Judiciário tenha a função de exercer a guarda da Constituição, ainda assim não age de forma antidemocrática porque não tem a última palavra sobre os conflitos entre minorias e majorias. O argumento chave para rebater tais críticas está na ideia de **consenso provisório**.

A expressão guarda a noção que **o Judiciário não tem uma palavra definitiva** sobre determinado assunto, mas sim uma decisão transitória, tendo a última palavra até que o Legislativo modifique o texto da legislação – ou a própria Constituição.

É o que afirma George Tsebelis, introduzindo o conceito de que o Judiciário pode ser **legislativamente sobrestado** quando fizer escolhas com as quais o Legislativo discorda:

[...] tanto o Judiciário (ao fazer interpretações estatutárias<sup>91</sup>) quanto as burocracias podem ser **legislativamente sobrestados se fizerem escolhas das quais os atores (legislativos) com poder de veto discordem**, de modo que eles tendem a evitar tais escolhas. De fato, tanto o Judiciário quanto as burocracias tentarão interpretar a lei de acordo com seu ponto de vista (ou talvez seus interesses), eliminando ao mesmo tempo a possibilidade de serem invalidados. (TSEBELIS, 2009, p. 311).

Desta forma, caso o Legislativo queira controlar o Judiciário, bastará modificar a Constituição, como já notava Alexis de Tocqueville em sua narração sobre o sistema norte-americano:

Na América, onde a nação sempre pode, alterando sua Constituição, reduzir os magistrados à obediência, não há porque temer um perigo desses. Nesse ponto, a política e a lógica estão, portanto, de acordo, e o povo tanto quanto o juiz, conservam ambos igualmente seus privilégios.

Ora, no dia em que o juiz se recusa a aplicar uma lei em um processo, ela perde naquele instante uma parte de sua força moral. Aqueles que foram por ela lesados são então avisados que existe um meio de se esquivar da obrigação de lhe obedecer: os processos se multiplicam e ela cai na impotência. Acontece então uma dessas duas coisas: ou o povo muda sua

---

<sup>91</sup> Do inglês “*statutory interpretations*”. Para o Brasil, o termo poderia ser descrito como interpretação restrita à Lei.

Constituição, ou a legislatura modifica sua lei.<sup>92</sup> (TOCQUEVILLE, 2002, p. 92)

No Brasil, temos bons exemplos de que a decisão Judiciária não é a última palavra e pode ser sobrestada por ato legislativo, por meio de alterações nas leis ou Emendas à Constituição.

Um deles ocorreu quando da imposição, pelo TSE, da verticalização das coligações partidárias. A decisão foi contrária aos interesses da maioria dos atores políticos. Assim, a reação do Legislativo foi alterar a Constituição (EC 52/2006) para nela incluir, expressamente, a liberdade partidária de realizar coligações diferentes nos níveis estaduais e federal.<sup>93</sup>

É o que narram Vitor Marchetti e Rafael Cortez:

[...] a interpretação do TSE acerca da verticalização das coligações eleitorais resultou na aprovação de uma emenda constitucional por parte dos parlamentares com objetivo de restringir a influência do TSE na definição das regras do jogo político-partidário [...]. A reação do poder legislativo à interpretação do TSE mostra que o judiciário enfrenta dilemas estratégicos em sua relação com os demais poderes que compõem o arcabouço institucional brasileiro. Trata-se de uma problemática relativa à garantia de tornar efetivas suas decisões. Taylor (2007) argumenta que há um espaço para independência efetiva de um órgão judicial que varia conforme o posicionamento das preferências dos atores e o custo de “derrubada” da decisão judicial. Se o poder judiciário tomasse uma decisão contrária a um ator político externo e, por sua vez, esse fosse capaz de superar os custos de derrubada de uma lei, não haveria independência de aspectos constitucionais. Essa foi a dinâmica que ocorreu com a regulamentação das coligações eleitorais. O TSE teve sua decisão derrubada por ferir as preferências da maioria legislativa. (MARCHETTI e CORTEZ, 2009, p. 425).

---

<sup>92</sup> No original: "*En Amérique, où la nation peut toujours, en changeant sa Constitution, réduire les magistrats à l'obéissance, un semblable danger n'est pas à craindre. Sur ce point, la politique et la logique sont donc d'accord, et le peuple ainsi que le juge y conservent également leurs privilèges. Or, du jour où le juge refuse d'appliquer une loi dans un procès, elle perd à l'instant une partie de sa force morale. Ceux qu'elle a lésés sont alors avertis qu'il existe un moyen de se soustraire à l'obligation de lui obéir: les procès se multiplient, et elle tombe dans l'impuissance. Il arrive alors l'une de ces deux choses: le peuple change sa Constitution ou la législature rapporte sa loi.*"

<sup>93</sup> A redação do § 1º do art. 17 da CF/88 foi alterada para: “É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para **adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal (...)**”

Considerando a lógica da política de que a maioria restringe a minoria, afirma que os quóruns estabelecidos na Constituição podem servir para criar um efeito de estabilização desta.

Para Elster (2010, p. 119), a exigência de **maiorias qualificadas para emendar a Constituição** tem um efeito de estabilização que constitui o aspecto mais importante do pré-compromisso constitucional, fornecendo, conforme afirma, “uma justificativa para o procedimento aparentemente arbitrário de permitir que uma pequena maioria na Assembléia Constituinte aprove um documento que só pode ser alterado por uma maioria substancialmente maior”.

Ademais, se as eleições para a Assembleia Constituinte se dão por sufrágio limitado, indica que a maioria dos constituintes naquele momento pode ter representado uma minoria da população, resguardando direitos ou privilégios contra uma maioria parlamentar mais ampla. (ELSTER, 2010, p. 125).

Citando James Madison no *federalist paper*, Elster destaca:

Segundo Madison, “em todos os casos em que a maioria está unida por um interesse ou paixão comum, os direitos da minoria estão em perigo” (...). Se os pobres ou os relativamente sem propriedades formassem uma maioria, seus interesses poderiam induzi-los a promulgar leis que fossem contrárias aos direitos de propriedade. (ELSTER, 2010, p. 168).

Independentemente da motivação que leva o constituinte<sup>94</sup> a impor obstáculos a alterações constitucionais, o mais importante parece ser que uma consequência dessa prática é conferir estabilidade. Ou seja, ao dificultar as alterações constitucionais, mitigam-se os efeitos perversos que poderiam advir das maiorias conjunturais e da influência das paixões, alterações passageiras na percepção das prioridades:

---

<sup>94</sup> Sobre a Assembleia Constituinte, anote-se o interessante comentário de ELSTER de que “As Assembleias Constituintes encarnam, portanto, o que em outros textos chamei de 'paradoxo da democracia': cada geração quer ser livre para restringir suas sucessoras, mas não quer sofrer restrições por parte de suas predecessoras. (...) os constituintes se vêem como superiores tanto aos regimes corruptos e ineficientes que estão substituindo quanto aos regimes movidos pelo interesse e pela paixão que os substituirão.” (ELSTER, 2010, p. 168).

[...] a imposição de atrasos e de maiorias qualificadas está no núcleo do pré-compromisso constitucional. Atrasos e maiorias qualificadas são também usados, contudo, no processo político ordinário. Um argumento padrão em defesa do bicameralismo, como veremos, é que, ao atrasar o processo legislativo, permite-se que a paixão esfrie e que a razão (ou o interesse) retome o controle. (ELSTER, 2010, p. 168).

Em nossa Constituição de 1988, tais obstáculos estão estabelecidos tanto na exigência da maioria qualificada de 3/5, quanto na votação em dois turnos, nas duas casas, impondo o atraso no processo legislativo.

Assim, ao determinar que certas políticas públicas sejam realizadas de acordo ou em conformidade com o estabelecido na Constituição, o Poder Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, desempenha a função de mastro para impedir a sociedade de se deixar seduzir em um momento de emoção, tal qual Ulisses, garantindo que os pré-compromissos constitucionais não serão abandonados.

Cabe destacar, finalmente, que alguns estudos apontam que, em realidade, o Judiciário normalmente age de acordo com os interesses da maioria política. Apontam nesse sentido os comentários de Robert Dahl (1957) e Whittington (2005). O fenômeno precisa ser melhor estudado no Brasil. Entretanto, digno de nota são os dados colhidos pela pesquisa de “A quem interessa o controle de constitucionalidade” (COSTA *et. al.*, 2010).

### 5.1.3 O problema do governo de juízes

A crítica aqui trabalhada indica que o Judiciário atenta contra o princípio da separação dos poderes ao estabelecer regras, legislando como se fosse verdadeiro governo de juízes.

Para contrapor à esta crítica, temos dois argumentos: o primeiro, como já visto no item 5.2.1, é o de que a democracia não pressupõe que as leis sejam feitas pelo Legislativo. Assim, **(i) a tripartição dos poderes não é absoluta** e **(ii) toda a atividade judiciária depende de provocação**, como exploramos adiante.



Os tribunais não agem por conta própria. Como se diz no jargão jurídico, um juiz não tem o poder de julgar um caso *ex officio*, sem ter sido provocado. Trata-se da inércia judicial, na qual a matéria a ser posta em julgamento depende do interesse do autor da demanda. Mesmo quando os interesses são coletivos, faz-se necessário que alguém provoque o Judiciário, propondo a ação em nome coletivo – como o fazem associações, sindicatos e o Ministério Público, por exemplo.

Assim, como destacam Ernani Carvalho e Marjorie Marona, a judicialização não se faz sozinha, por vontade única e exclusiva do Judiciário:

“[...] dado que os tribunais não agem sem provocação (*de officio*) há que se considerar, para além de um desenho institucional favorável do Judiciário, outros fatores, também eles institucionais, capazes de somar na busca por uma definição mais precisa da judicialização da política, metodologicamente apropriada e útil”. (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 21)

No mesmo sentido, Matthew Taylor e Luciano da Ros afirmam que ainda que o desenho institucional influencie decisivamente na possibilidade de participação dos tribunais na arena política, “estes ainda assim dependem de um acionamento externo para que possam tomar decisões politicamente relevantes”. (TAYLOR, 2008, p. 829).

Os autores complementam:

Como o uso da via judicial pelos diferentes proponentes (partidos políticos em especial) depende do teor das políticas adotadas e do respectivo ambiente conjuntural da política do momento, sua utilização somente pode ser compreendida tendo em vista a estratégia política mais ampla adotada pelos opositores do governo e a saliência das políticas públicas consideradas em determinado momento. (TAYLOR, 2008, p. 848).

Posto desta forma, a judicialização pressupõe um **personagem ativo**, um ator que mova a demanda, ajuíze a ação perante o Poder Judiciário, para discutir a questão em face de um terceiro para arbitrar o conflito.

No mesmo sentido, Maciel e Koerner (2002, p. 116) apontam que a judicialização indicaria certa preferência, do autor da demanda, pela via judicial. Tal

preferência, nas palavras de Gustavo Rabay Guerra, “abrange não somente o Judiciário, mas também os órgãos de auxílio, tal como o Ministério Público, cuja atuação é preponderante para a Administração da Justiça”. (GUERRA, 2008, p. 5).

Assim, as regras oriundas do Judiciário diferem, de modo essencial, daquelas oriundas do Poder Legislativo, justamente na inércia, isto é, na impossibilidade dos membros do Judiciário livremente escolherem os assuntos a serem tratados. Usando o vocabulário da ciência política, poderíamos dizer que a regra institucional **retira, do Poder Judiciário, qualquer possibilidade de controle de sua agenda.**

Como vimos no capítulo 4, o uso político dos tribunais indica, ao contrário, que grande parte do **poder de agenda** é exercido justamente pelos parlamentares, que vêm ao Judiciário revisar as matérias nas quais foram vencidos em plenário ou ainda impor custos à coalizão majoritária.

## 5.2 NOVAS POSSIBILIDADES NA DEMOCRACIA JUDICIAL: O PAPEL DEMOCRATIZANTE DO JUDICIÁRIO

Além das críticas já mencionadas e que se buscou responder, outra abordagem trata do esvaziamento das tradicionais instituições deliberativas, com a transferência do embate político e de políticas públicas para as deliberações nos tribunais. Nessa ótica, o esvaziamento das deliberações do Poder Legislativo é visto como um esvaziamento da própria democracia.

Ilustrativa dessa abordagem é a afirmação do jurista Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que **algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo** – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2008, p. 15).

A clássica abordagem de Tate e Vallinder (1995, p. 53), também mencionava que a expansão da jurisdição dos tribunais e juízes era feita ocupando o lugar dos políticos e administradores.

Tal esvaziamento do debate legislativo e sua transferência para o Poder Judiciário é tido como um enfraquecimento da democracia, fundamentalmente por uma questão de método: o método da maioria, tradicional no ambiente político, estaria cedendo espaço para o método judicial, de natureza argumentativa, conforme indica Marcos Faro de Castro:

Em uma comparação entre os métodos de resolução de conflitos legislativos e judiciários, Vallinder coteja diferenças fundamentais: a **arena legislativa opera em termos de barganhas e troca de favores, enquanto o judiciário pesa os argumentos**; no legislativo predomina o **princípio majoritário, e no judiciário, a decisão dada por um juiz imparcial**; um produz regras gerais e políticas públicas, e outro estabelece casos individuais; um aloca valores em virtude de uma solução possível politicamente, enquanto o outro se certifica dos fatos do processo e da lei adequada na busca da 'única solução correta'. (CASTRO, 1997, p. 5, grifo nosso).

Neste aspecto, a solução da controvérsia deixaria de levar em conta a proporção de seus apoiadores (maioria), passando a elencar apenas a força de persuasiva de seus argumentos, dentro da lógica técnico-jurídica. (TATE e VALLINDER, 1995, p. 54).

Para Aguiar, a questão da legitimidade está justamente na disparidade existente entre métodos de resolução de conflitos. Na arena legislativa predomina o princípio majoritário, enquanto no Judiciário, o princípio da ponderação dos argumentos conforme sua qualidade jurídica:

Em uma comparação entre os métodos de resolução de conflitos legislativos e judiciários, Vallinder coteja diferenças fundamentais: a arena legislativa opera em termos de barganhas e troca de favores, enquanto o judiciário pesa os argumentos; no legislativo predomina o princípio majoritário, e no judiciário, a decisão dada por um juiz imparcial; um produz regras gerais e políticas públicas, e outro estabelece casos individuais; um aloca valores em virtude de uma solução possível politicamente, enquanto o outro se certifica dos fatos do processo e da lei adequada na busca da "única solução correta". (AGUIAR, 2007, p. 5).

Diante dessa diferença nos modelos de tomada de decisões (o Legislativo, quantitativo, por maioria, e o Judiciário, qualitativo, pela força do argumento jurídico), Thais Aguiar indica que a judicialização da política coloca em risco **o modelo democrático do consenso** – ou seja, a capacidade da sociedade de se autocompor, de produzir valores e arregimentar vontades na formação de uma unidade.

Neste aspecto, vamos tratar da crítica ainda não respondida, que aponta que o método jurídico seria hermético e formalista, adotando procedimentos que não cedem espaço ao debate e à deliberação coletiva na busca por consensos.

Para respondê-la, abordaremos os esforços empreendidos no fortalecimento desse papel institucional do Poder Judiciário, dando ênfase a sua caracterização como espaço de deliberação política.

Faremos isso discutindo o Judiciário como *locus* privilegiado para o controle de políticas públicas – uma forma de cidadania social (5.2.1) –, e a introdução, no procedimento judicial, de mecanismos que permitem a participação de grupos de interesse, ampliando o debate por meio das audiências públicas (5.2.2) e dos *amici curiae* (5.2.3).

### **5.2.1 A cidadania exercida por meio do Poder Judiciário**

O panorama anteriormente narrado – do exercício da política por meio do Poder Judiciário (4) – demonstra que os atores políticos utilizam a arena de processos judiciais como uma continuação do debate político.

Nas palavras de Ernani Carvalho e Marjorie Marona (2010, p. 8), “O novo cenário institucional não seria contrário à política democrática, mas estaria em consonância com ela.” De acordo com os autores, surge no panorama novas formas de cidadania, inseridas no exercício de uma “soberania complexa”.

Ao conceituar a judicialização como instituição central para o exercício da política, colocamos a atuação do Poder Judiciário como parte integrante da

democracia ativa. Ernani Carvalho e Marjorie Marona confirmam tal posição, ao aduzir que o novo cenário institucional cria espaço para duas formas de cidadania, a **cidadania política** (feita por meio dos representantes eleitos) e a **cidadania funcional** ou **social** (exercida por meio de ações judiciais):

[...] não seria contrário à política democrática, mas estaria em consonância com ela, tendo se aberto no Judiciário um novo espaço público, ampliando-se o exercício de uma “soberania complexa” - que combina a representação política com a funcional – e de **duas dimensões da cidadania, uma política** – exercida pelos representantes eleitos com base nos procedimentos democráticos – **e uma segunda, funcional, exercida pela comunidade de intérpretes**,<sup>95</sup> composta inclusive pelos agentes judiciais legitimados pela Constituição. (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 8).

Desta forma, Carvalho e Marona realçam que de forma complementar à cidadania política – aquela que garante a participação nos procedimentos democráticos que levam à produção da lei –, a **cidadania social** dá acesso à aplicação da lei “por meio de múltiplas formas, individuais ou coletivas, **de um simples requerimento a uma ação pública**, proporcionando uma outra forma de participação na vida pública”. (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 8, grifo nosso).

Ainda, os autores demonstram que a partir da década de 90 teria havido um estímulo, via legislação, dos canais de acesso a esta democracia judicial:

[...] tornado a Justiça capilar, através da criação de juizados de pequenas causas (Lei nº 9090/95), a institucionalização das ações coletivas e a ampliação da malha protetora do Judiciário com a legislação dos direitos do consumidor (Lei nº 8078/90), criança e adolescente (Lei nº 8.069/90), idoso (Lei nº 10.741/03) e portadores de deficiência (Lei nº 7853/89), transforma o juiz em protagonista direto da questão social. (CARVALHO e MARONA, 2010, p. 8).

Por meio desta leitura, seria possível afirmar que o aumento expressivo das ações judiciais – verdadeira “explosão processual”, como diz Carvalho (2004, p. 121) – é uma forma de participação democrática. Abordaremos adiante alguns desdobramentos desta concepção.

---

<sup>95</sup> Sobre a noção de comunidade de intérpretes da Constituição, ver Häberle (1997).

Como já expusemos, defendemos que o Judiciário desempenha um papel importante ao fornecer um espaço para o embate democrático, conforme afirma Taylor, citando Werneck Vianna e Baumann Burgos:

Há uma certa ambigüidade que sempre cercará a atuação do Judiciário na política, tanto em termos da teoria democrática quanto na questão da formulação efetiva e eficaz das políticas públicas. É muito comum em todo o mundo reclamar da interferência de juizes na política.

Mas é importante reconhecer, como o fazem Werneck Vianna e Burgos, **o papel democratizante do Judiciário, agindo tanto como um “muro de lamentações” quanto como “uma efetiva arena para o exercício da democracia”, em uma democracia na qual a relação entre Executivo e Legislativo foge do ideal.** (TAYLOR, 2007, p. 249, grifo nosso).

Além de servir de muro de lamentações, o Poder Judiciário também é arena decisória sobre programas e políticas públicas, como afirma Maria Tereza Sadek:

Um conjunto de fenômenos institucionais e históricos vem atuando na direção de propiciar fortes incentivos para uma atuação do Poder Judiciário na arena pública e especialmente no que diz respeito às políticas públicas. Em outras palavras, **o protagonismo judicial encontra guarida em variáveis decorrentes do desenho institucional e da amplitude dos direitos reconhecidos legalmente.** Essas balizas levam a concluir que a **relação entre o Poder Judiciário e as políticas públicas é indissociável e previsível.** (SADEK, 2011, p. 19).

A partir de um levantamento com questionários junto aos ministros de alguns dos tribunais superiores (STF, STJ, TST e TSE), indagando-os se o juiz deve levar em conta o impacto de sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade, Sadek (2011, p. 22) chega à seguinte conclusão:

[...] uma proporção expressiva de magistrados sobreleva a identidade do juiz delimitada pela mera aplicação da lei. A definição do papel do juiz como a de um ator político envolve o reconhecimento de que suas atribuições produzem impactos sociais, econômicos e políticos. **Esse protagonismo que rejeita ou supera o juiz ‘boca da lei’ institui um juiz corresponsável pela concretização dos direitos e, nessa medida, um agente com atuação na arena pública.**

Enfim, para exemplificar a questão da cidadania social exercida por meio das ações judiciais, tomemos o caso das políticas de saúde.

Maria Tereza Sadek afirma que dentre as áreas de política pública, a de saúde tem recebido grande visibilidade pela atuação de juízes concedendo liminares que obrigam o poder público a fornecer gratuitamente remédios que não constam das listas do Sistema Único de Saúde. Conforme Sadek (2011, p. 23), “tais decisões tem instigado fortes reações por parte de administradores públicos, da imprensa e de algumas associações da sociedade civil.”

Estas reações atacam, normalmente, a questão da legitimidade para a alocação de recursos, bem como o excesso de ativismo:

Autoridades municipais, estaduais e federais, por sua vez, sustentam o argumento segundo o qual as decisões da magistratura têm desorganizado o planejamento e as finanças dos municípios, dos estados e da União. Afirmam que a interferência judicial tem obrigado administradores públicos a redefinirem prioridades e a se defrontar com uma situação de alteração na alocação de recursos. (SADEK, 2011, p. 23).

Sem nos aprofundarmos na polêmica<sup>96</sup> que envolve o tema, o argumento que nos interessa é demonstrado por Sadek que, em 2008, 13 dos 26 estados federados haviam alocado menos de 12% de seus orçamentos para políticas destinadas à saúde pública, descumprindo o mandamento constitucional<sup>97</sup> (SADEK, 2011, p. 27).

Nesta situação, os efeitos da intervenção judicial – movida, seja por particulares, seja pelo Ministério Público – pode servir para corrigir rumos da administração pública, no contexto de verdadeiro controle jurisdicional de políticas públicas.

---

<sup>96</sup> Argumento dos gestores públicos é o de que com os recursos destinados ao cumprimento de decisões judiciais seria possível construir novos hospitais e unidades de pronto atendimento, beneficiando desta forma um maior número de pessoas. Ainda, afirmam que decisões judiciais dessa natureza acabam por privilegiar os que têm acesso à justiça, prejudicando a coletividade, uma vez que os recursos são finitos. (SADEK, 2011, p. 23). Para obter dados que dão suporte aos dois argumentos, conferir, respectivamente, os artigos "**Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil**", de Fabiola Sulpino Vieira e Paola Zucchi (2007) e "**Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos**", de Ana Luiza Chieffi e Rita de Cássia Barradas Barata (2010).

<sup>97</sup> Os percentuais mínimos a serem aplicados em “aplicados nas ações e serviços públicos de saúde” foram incluídos pela EC 29/2000 no art. 77 do ADCT, sendo de 12 % para os Estados (inciso II) e 15% para os Municípios e o Distrito Federal (inciso III).

Outra face do número de demandas, segundo Sadek, seria sua natureza pedagógica, exemplar, estimulando outras demandas e a modificação do comportamento dos gestores públicos:

A intervenção judicial tem provocado efeitos em várias direções, além da garantia de direitos consagrados na Constituição e de firmar a presença pública do Judiciário. Um dos resultados é de natureza pedagógica, no sentido de forçar a Administração Pública a alocar mais recursos na área da saúde. Um outro seria o efeito demonstração, isto é, o estímulo a um maior número de demandas. (SADEK, 2011, p. 26).

Exemplo de sucesso de ações judiciais que se transformaram em política pública universalizada é o do tratamento para a AIDS, no Brasil, que após sucessivas ações individuais para o fornecimento de medicamentos, transformou-se em política pública universalista, como destaca o premiado estudo de Camila Duran Ferreira (2005).

Nesse cenário, Sadek (2011, p. 28) afirma: “Decisões judiciais têm exigido providências, alterado políticas, impedido certas deliberações da Administração Pública.”

No mesmo sentido, indicando como o Judiciário faz parte de um controle social ativo, afirma Carlos Augusto Silva:

**Os cidadãos podem limitar a atuação dos governantes socorrendo-se ao Poder Judiciário, dentro do quadro político-institucional das sociedades democráticas contemporâneas.** O Poder Judiciário, instado a atuar, desenvolverá sua atividade por meio de um processo, em que as duas partes – cidadão(s) e Poder Público – concorrerão para o seu desfecho, podendo os contendores apresentar suas argumentações. (SILVA, 2004, p. 230, grifo nosso).

Diante do exposto, a participação de atores que movem as demandas provocando o controle jurisdicional sobre políticas públicas é face legítima do exercício da cidadania. Nesse enfoque, fazendo nossa a conclusão de Silva (2004, p. 233), o “fenômeno da judicialização é perfeitamente compatível com as democracias contemporâneas.”



## 5.2.2 A deliberação por meio das Audiências Públicas

Como já vimos no capítulo 4, minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e indivíduos dão impulso a demandas no Poder Judiciário e encontram no acesso ao processo judicial um canal de influência política. O canal também serve para o controle social, como vimos acima (5.2.1).

É o que vem sendo defendido por Peter Häberle (2002, p. 24) em sua teoria de interpretação da Constituição. O autor defende que as cortes constitucionais devem ampliar o debate sobre uma decisão a todos os atingidos por seus efeitos, os integrantes da chamada **sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**.

Aprofundando estudos no campo da hermenêutica jurídica, Peter Häberle influenciou em grande escala a atual configuração procedimental das decisões do STF. Seu trabalho caminha no sentido de afirmar que, quando uma corte constitucional interpreta a Constituição, deve levar em conta os argumentos de qualquer pessoa interessada no resultado, garantindo que possa se manifestar antes da decisão final:

Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos no processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos 'órgãos oficiais', naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma 'atividade' que, potencialmente, diz respeito a todos. **Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo.** (HÄBERLE, 2002, p. 24).

A tese de Peter Häberle permite que a jurisdição constitucional se torne um **espaço de construção de um argumento**, e não simplesmente uma esfera decisional.

Assim, no argumento de Häberle, a manifestação de opiniões diversas transforma o Judiciário em uma arena de debate privilegiado na qual, embora a

maioria não saia necessariamente vencedora, o acesso pelos mais diversos grupos de interesse torna plural o acesso à manifestação.

Foi seguindo o campo hermenêutico indicado por Häberle que a Lei 9.868/99 incluiu a possibilidade de realização de audiência pública no processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade:

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, **poderá o relator** requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou **fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.**

No entanto, a primeira audiência pública no STF só foi realizada em 20.04.2007, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510.<sup>98</sup> Naquele processo, diante da inexistência de norma própria<sup>99</sup> do Tribunal para regulamentar o procedimento da audiência pública, o Ministro Relator Carlos Britto decidiu adotar as regras existentes no Regimento Interno da Câmara dos Deputados:

---

<sup>98</sup> ADI 3510, movida pelo Procurador Geral da República, atacava o artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) que permite a destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia, com fundamento na inviolabilidade do direito à vida humana (CF, art. 5º, *caput*). Distribuído para o Ministro Carlos Ayres Britto, este determinou a realização de uma audiência pública no STF sobre a questão do início da vida humana, com autoridades do mundo científico.

<sup>99</sup> Atualmente, a realização de audiências públicas é regida pelo Regimento Interno do STF, em alteração realizada pela Emenda Regimental 29/09. O art. 13, XVII e XVIII permite ao Presidente do STF “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal” e “decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas (...)”. Poderes idênticos são conferidos ao Ministro Relator do caso (art. 21, XVII e XVIII). Ainda, o art. 154, I a VII do Regimento Interno do STF institui o dever de ampla divulgação da convocação e da audiência; a garantia de participação de diversas correntes de opinião; a limitação do depoente de se ater às questões em debate; o dever de registro das audiências nos autos do processo e as atribuições do Ministro, ao selecionar e conduzir os trabalhos.

Ante a saliente importância da matéria que subjaz a esta ação direta de inconstitucionalidade, designei audiência pública para o depoimento de pessoas com reconhecida autoridade e experiência no tema (§ 1º do art. 9º da Lei n. 9.868/99). (...) Sem embargo, e conquanto haja previsão legal para a designação desse tipo de audiência pública (§ 1º do art. 9º da Lei n. 9.868/99), **não há, no âmbito desta nossa Corte de Justiça, norma regimental dispondo sobre o procedimento a ser especificamente observado.**

Diante dessa carência normativa, cumpre-me aceder a um parâmetro objetivo do procedimento de oitiva dos expertos sobre a matéria de fato da presente ação. E esse parâmetro não é outro senão o **Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no qual se encontram dispositivos que tratam da realização, justamente, de audiências públicas (arts. 255 usque 258 do RI/CD)**. Logo, são esses os textos normativos de que me valerei para presidir os trabalhos da audiência pública a que me propus.<sup>100</sup>

De grande relevância para nosso argumento, cumpre destacar que a **adoção de regra do regimento interno da Câmara dos Deputados** é sintomática para demonstrar a tentativa de **aproximação do procedimento judiciário com os métodos típicos do processo legislativo.**

Como consequência da repetição das audiências, Oscar Vilhena Vieira destaca que as audiências públicas realizadas em casos de grande relevância<sup>101</sup> teriam transformado a qualidade argumentativa do STF.

Ao trazer para o Tribunal indivíduos de formações variadas (especialistas, militantes e acadêmicos), os argumentos deixam de ser elaborados em termos necessariamente jurídicos, mas passam a ter conteúdos técnico-políticos,

---

<sup>100</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510, de Relatoria do Min. Carlos Britto.

<sup>101</sup> Além da ADI 3510, eis os outros casos de audiências públicas realizadas no STF: a) **ADPF n° 101** – Relatora Ministra Carmem Lúcia – discussão sobre importação de pneus usados pelo Brasil. A audiência foi realizada na data de 27 de junho de 2008; b) **ADPF n° 54** – Relator Ministro Marco Aurélio – discussão sobre antecipação terapêutica de parto de fetos portadores de anencefalia. A audiência foi realizada nas datas de 26 e 28 de agosto e 04, 16 de setembro de 2008; c) **RE n° 566.471** – Relator Ministro Marco Aurélio – Saúde Pública e Sistema Único de Saúde (SUS) – convocada pelo Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes – discussão sobre saúde pública e o SUS. A audiência foi realizada nas datas de 27, 28 e 29 de abril e 04, 05, 06 e 07 de maio de 2009; d) **ADPF n° 186 e RE 597285** – Relator Ministro Ricardo Lewandowski – discussão sobre sistema de reserva de vagas em universidades federais por critérios raciais e para egressos de escolas públicas. A audiência foi realizada nas datas de 03 a 05 de março de 2010. (conforme levantamento realizado por Maurício Gentil Monteiro (2011). Além destas já realizadas, cumpre destacar a próxima, convocada na **ADI n° 4103** questionando dispositivos da Lei 11.705/2008 que proíbem a venda de bebidas alcoólicas à beira das rodovias federais. A audiência está prevista para o primeiro semestre de 2012.

**“agregando uma enorme quantidade de argumentos consequencialistas ao processo decisório do Tribunal.”** (VIEIRA, 2008, p. 448, grifo nosso).

Assim, descrevendo os importantes efeitos que decorrentes da realização de audiências públicas, Oscar Vilhena Vieira narra a oitiva de cientistas no julgamento da ADI 3510 que questionava o artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05) em relação ao uso de células-tronco de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia:

Por mais técnica que tenha sido a audiência, controlada rigorosamente pelo Ministro Carlos Brito, relator do processo, **as audiências públicas impõem ao Supremo debruçar-se sobre argumentos que não são de natureza estritamente jurídicas.** Um dos reflexos disso durante o julgamento da lei de biossegurança foi que alguns dos Ministros empenharam-se mais em disputar a qualidade dos argumentos científicos e de “seus cientistas” do que propriamente esgrimir argumentos de natureza constitucional, sobre a vida extra-uterina. **No voto do Ministro Carlos Alberto Direito, mais páginas foram utilizadas para discutir filosofia, religião e especialmente ciência do que propriamente direito constitucional.** (VIEIRA, 2008, p. 453, grifo nosso).

Para Vieira (2008, p. 453), esta abertura à sociedade civil com a exposição a discursos de natureza científica, religiosa, econômica, a ela inerentes, não devem ser vistos como algo negativo, mas sim como uma busca de legitimação democrática das decisões do tribunal em casos de grande impacto. Dessa forma, as audiências públicas seriam reflexo da **“necessidade do Supremo em buscar ampliar a sua base de legitimidade, em face dos desafios de tomar decisões com impacto fortemente político”.**

Entretanto, Vieira ressalta que as audiências, por si só, ainda não são suficientes para estabelecer mecanismos institucionais de *accountability* das decisões do STF:

Este passo, no entanto, demanda que o Tribunal tenha clareza de seus novos desafios. Uma corte ativista, com enorme exposição pública e responsabilidade por tomar decisões de grande magnitude, fica submetida a distintos padrões de escrutínio, que já vêm expondo suas tensões internas e potenciais fragilidades. **Ao tomar decisões de natureza política, e não apenas exercer a autoridade de preservar regras, o Supremo passará a ser cobrado pelas conseqüências de seus atos, sem que haja**

**mecanismos institucionais para que essas cobranças sejam feitas.**  
(VIEIRA, 2008, p. 453, grifo nosso).

Nesse sentido, concluímos que as audiências públicas inseriram na lógica jurídica um mecanismo típico do método legislativo, estabelecendo um mecanismo de deliberação que amplia o acesso e a possibilidade de influência da sociedade nas decisões do STF. Seria, no escopo teórico constitucional, a aplicação prática da ampliação da comunidade de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997).

Ao que parece, tal ampliação é a intenção declarada dos ministros do STF, a julgar pela manifestação do Ministro Carlos Britto quando do encerramento da audiência pública realizada na ADI 3510, afirmando que a audiência “foi um exercício da democracia direta, com a possibilidade do segmento organizado contribuir para a formatação do julgamento que repercutirá na vida da população”. (MONTEIRO, 2011).

Entretanto, ainda não há estudos disponíveis para averiguar o impacto, nos votos dos Ministros do STF, dos argumentos aduzidos nas audiências, ou ainda se a realização de audiências públicas efetivamente altera os resultados dos julgamentos, estudo que implica desafios de ordem material e metodológicas.

### **5.2.3 Os *amici curiae***

Outra questão interessante, além das audiências públicas, é a da introdução<sup>102</sup> da figura do *amicus curiae*, que permite que outros demandantes, que não fazem parte do litígio original, possam se manifestar nos autos (por meio de petições) ou ainda defender seu ponto de vista em sustentação oral no plenário do STF.

---

<sup>102</sup> O §2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, institucionalizou a figura do “amicus curiae” ao estabelecer a possibilidade de o relator das ações de controle abstrato de constitucionalidade, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. No mesmo sentido foi a extensão dessa mesma possibilidade (admissão do “amicus curiae”) aos relatores de processos subjetivos em apreciação nos tribunais (§ 3º do art. 482 do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 9.868/99);

Carine Zeni destaca a introdução da figura do *amicus curiae* na lei 9.868/99:

[...] a **Lei 9.868/99**, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, resgata a figura do *amicus curiae* na participação processual, embora não expressamente. Interessante, ainda frisar, outro instrumento de participação da sociedade, através do *amicus curiae*, permitido pela Lei 9.868/99, que é a audiência pública (ZENI, 2007, p. 137).

Após as modificações legislativas, os *amici curiae* passaram a ser admitidos regularmente nas ações de controle concentrado de constitucionalidade em trâmite no STF, como afirma o Ministro Gilmar Mendes, destacando o caráter pluralista ligados à participação democrática:

Quanto ao controle abstrato, especialmente no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade – a ação mais relevante do sistema de controle de constitucionalidade de normas brasileiro –, constitui importante inovação a autorização para que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades. Positivou-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões. **Trata-se de providência que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade.** (MENDES, 2008, p. 5, grifo nosso).

Ainda, destacando a figura do *amicus curiae* como sendo uma valorização do STF enquanto arena de embate político, assim afirma Oscar Vilhena Vieira:

Outro evento de extrema importância na valorização da jurisdição do Tribunal, enquanto arena de embate político, foi o estabelecimento da possibilidade de que organizações da sociedade civil e outros grupos de interesse pudessem interpor *amici curiae* em casos de interesses supra-individuais. [...] Com isso, novas vozes passaram a ecoar no Tribunal, aumentando seu caráter pluralista, bem como sua voltagem política, enquanto palco de solução de conflitos anteriormente mediados pelo corpo político. (VIEIRA, 2008, p. 448).

Vieira ressalta ainda a importância que os *amici curiae* passaram a ter na condução dos debates no Supremo, destacando a presença de organizações da

sociedade civil que, expressando as opiniões difusas entre os diversos segmentos da sociedade brasileira,<sup>103</sup> “definitivamente politizou o debate jurídico levado a cabo na Corte.”

Mais do que isso, Vieira (2008, p. 452) indica que a liberalidade na aceitação dos *amici* por parte dos ministros indica uma voluntária democratização do STF, na qual o tribunal se abre de forma mais clara para a política.

Finalmente, destaca aspectos em que a atividade do STF estaria atuando em substituição do parlamento, mas de forma democrática e institucionalmente prevista:

Ao permitir que organizações da sociedade civil, possam, a um custo organizacional e político muito menor, lutar pelos valores que defendem no âmbito do Supremo, cria-se uma nova arena discursiva e de decisão político-jurídica. Desta forma, o Supremo, os atores da sociedade civil e as regras de interpretação constitucional passam a funcionar, em algumas situações, como substitutos do parlamento, dos partidos políticos e da regra da maioria. (VIEIRA, 2008, p. 453).

Com relação a essa *abertura* do Judiciário, algumas questões persistem: *a)* pessoas comuns são capazes de prover mais e melhores informações ao Supremo do que integrantes do Congresso ou partidos políticos? *b)* Embora colhidas as opiniões, não há qualquer garantia de que o argumento será levado em conta e constará das razões de voto. Não deveria haver, pelo menos, vinculação expressa para que sejam todos, senão acolhidos, ao menos juridicamente rejeitados?

São questões para que o debate permaneça aberto, de forma que a atuação política do Poder Judiciário, e mais amplamente a Democracia, continue em análise, não alcançando mais do que um consenso provisório.

---

<sup>103</sup> Sobre a pluralidade de opiniões, cumpre destacar a atuação da Dra. Vera Karam de Chueiri, professora desta casa, representando a Associação Democrática e Nacionalista de Militares (ADNAM) admitida como *amicus curiae* no julgamento da **ADPF 153** contestando abrangência da Lei da Anistia (Lei 6.683/1979) para casos de tortura e crimes comuns cometidos por civis e agentes do Estado durante a ditadura militar. Os argumentos defendidos foram de que a Lei da Anistia viola preceitos fundamentais decorrentes da Constituição Federal e os artigos 2º, 8º e 25, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da revisão de literatura sobre o fenômeno da judicialização da política, podemos perceber que, por meio da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário no Brasil tem influenciado concretamente nos resultados e na direção das políticas públicas, tem sido utilizado como palco de disputas políticas e também decidido questões polêmicas que envolvem grande comoção social.

Assim, o Poder Judiciário – em especial pela atuação do Supremo Tribunal Federal – está em evidência. Como destaca a frase de Goethe, onde há muita luz, há também muitas sombras.

A pretensão deste trabalho foi lançar um outro enfoque, uma luz que, por estar em outro ângulo, pudesse dissipar algumas dessas sombras. Para tanto, ao invés da abordagem jurídica costumeira – que discute os fundamentos do poder de revisão constitucional, discutindo a tensão entre constitucionalismo e democracia –, neste trabalho utilizamos as ferramentas e as pesquisas desenvolvidas no cerne da ciência política, especialmente no que diz respeito à abordagem neoinstitucionalista.

Por este viés, pudemos centrar nosso estudo nas regras do jogo, isto é, nas normas constitucionais que estruturam e organizam as competências do Poder Judiciário, especialmente no que concerne o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e implica, potencialmente, em atritos com o Executivo e o Legislativo.

No capítulo introdutório apresentamos as principais problemáticas envolvendo a judicialização e a questão do mal-estar social. No segundo capítulo, partimos em busca das origens da judicialização da política no Brasil. Seguindo a abordagem neoinstitucionalista adotada, observamos as origens do controle de constitucionalidade no modelo institucional norte-americano e as principais as transformações, ao longo da história, nas normas constitucionais que regem o Poder Judiciário e o controle de constitucionalidade no Brasil.

Vimos que o desenho constitucional norte-americano de 1787 deixou o Poder Judiciário em posição de destaque em um arranjo institucional no qual se buscava



proteção contra maiorias legislativas eventuais, mas contrárias aos interesses dos constituintes.

No Brasil, a Constituição republicana de 1891 importou do modelo norte-americano o controle de constitucionalidade, entretanto, exercido sobre casos concretos na forma difusa, não teve grande impacto sobre questões políticas, uma vez que a estrutura judiciária brasileira não adotava nenhum método para a vinculação dos precedentes julgados pelo STF – diferentemente do sistema da *common law* americano.

Ao longo das sucessivas modificações constitucionais, o Brasil caminhou para a adoção do controle concentrado de constitucionalidade que tem na Constituição de 1988 o seu auge. Na história constitucional brasileira, pode-se perceber que a atribuição do *judicial review* foi sendo progressivamente estendido, pela própria iniciativa dos demais Poderes da República – Executivo e Legislativo –, o que demonstra que o atual arranjo institucional se deu em decorrência da vontade política.

Com relação às mudanças institucionais operadas pela Constituição de 1988, podemos sintetizar 3 elementos de destacada importância: *a)* o processo de fortalecimento do Judiciário em face dos demais ramos de poder foi lento e estrategicamente autorizado pelo Executivo. *b)* a busca por uma maior autonomia e independência do Judiciário, embora tenha sido uma constante na história constitucional, só tomou fortes contornos na Constituição de 1988. *c)* o processo de expansão da autoridade judicial tornou-se mais intenso com o extenso rol de direitos detalhado na Constituição de 1988. Neste aspecto, a incumbência de zelar pela guarda da Constituição transformou o Poder Judiciário no espaço privilegiado de deliberação dos grandes debates políticos.

No terceiro capítulo, buscamos sistematizar a literatura e comparar os enfoques encontrados, de forma a descrever como a judicialização da política pode ser definida e isolando os fatores institucionais que a induzem. Há um grande volume de escritos sobre a judicialização da política, especialmente nos últimos quinze anos, mas que apresenta grande variedade de abordagens e conclusões. Novamente se diga, assim como há muita luz, há muitas sombras.

Para esclarecê-las, citamos diversos conceitos para a expressão judicialização da política, classificando-os quanto à forma de sua abordagem em conceitos que adotam variáveis institucionais e conceitos que adotam variáveis volitivas (ou atitudinais). Centramos nosso esforço na análise do desenho institucional por acreditar que esse delimita as regras do jogo e guia a estratégia de comportamento dos envolvidos.

Assim, consideramos como essenciais para a existência da judicialização da política as normas constitucionais que (a) estruturam o sistema de controle de constitucionalidade (art. 102 e 103 da CF); (b) concedem ao Judiciário o papel de mediação institucional, com destaque para a Justiça Eleitoral; (c) garantem ampla gama de direitos fundamentais sociais (art. 5º e art. 6º da CF), permitindo sua justiciabilidade e (d) estabelecem a inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV), assegurando no amplo acesso à Justiça sua expansão.

O quarto capítulo tratou das variadas formas de uso político dos tribunais, demonstrando em detalhes algumas das táticas empregadas pelos atores políticos, explicitando que os outros Poderes da República também se beneficiam da atuação do Judiciário, utilizando as regras institucionais como estratégias para atingirem seus objetivos. Chamamos isso de **política por meio dos tribunais**.

Buscamos observar o fenômeno de forma descritiva, sem realizar juízos de valor que são abundantes na literatura jurídica sobre o tema. Neste trabalho, ao invés de considerar tal uso político como um desvio ou uma patologia, afirmamos que é resultado de um desenho institucional amplamente projetado e implementado pela vontade dos atores políticos. Nossa intenção é demonstrar a relação existente entre as regras da Constituição Federal de 1988 – fruto de acordos políticos realizados pelos constituintes – e o atual cenário da judicialização da política.

Para tanto, introduzimos alguns conceitos da ciência política, como a noção de custos de transação e de *venue seeking*, que nos auxiliaram a enxergar os mecanismos que levam o Judiciário a ser provocado em uma ampla diversidade de questões, seja para desmistificar sua atuação como legislador positivo – quando recebe a matéria por delegação auto-interessada de parlamentares – seja para atuar como arena para mais uma entre inúmeras batalhas partidárias, ou ainda como

palco para a hiperexposição de algum grupo que, dela retirará benefícios políticos. Tais conceitos podem levar à compreensão de que a judicialização ocorre porque traz benefícios políticos àqueles que recorrem ao Judiciário.

Por fim, no quinto capítulo buscamos responder a algumas críticas frequentes à judicialização da política, como que: *(a)* o Poder Judiciário é desprovido de legitimidade por não atender o princípio da representação democrática, não sendo composto por representantes eleitos; *(b)* o Judiciário afronta a vontade da maioria, contrariando decisões dos representantes legitimamente eleitos; *(c)* o Judiciário atenta contra o princípio da separação dos poderes, ao intervir em questões que deveriam ser reservadas às instâncias políticas e *(d)* o método jurídico é hermético e formalista, adotando procedimentos que não cedem espaço ao debate e à deliberação coletiva na busca por consensos.

Para responder às três primeiras questões, desenvolvemos os argumentos que *i)* a democracia não se realiza somente por meio da representação; *ii)* as regras institucionais que permitem a judicialização foram resultado da delegação pelos próprios constituintes, em obediência ao princípio democrático; *iii)* quando age em oposição da maioria, o Judiciário estaria funcionando como instituição contramajoritária, exatamente como desenhado pelo constituinte, para impor obstáculos a maiorias eventuais; *iv)* a decisão Judiciária não é a última palavra e pode ser sobrestada por ato legislativo, por meio de alterações nas leis ou Emendas à Constituição; *v)* a tripartição dos poderes não é absoluta e *vi)* toda a atividade judiciária depende de provocação.

Neste aspecto, ao contrário de usurpação de poderes legiferantes, temos que as atribuições do Poder Judiciário seguem um extenso rol de poderes que foram progressivamente delegados pelos atores políticos, pela via das alterações institucionais.

Ainda, tais críticas levam em conta um modelo idealizado de arranjo institucional, no qual há poderes estanques e a relação entre eles se dá unicamente da forma como prevista na teoria política clássica, o que está em descompasso com a realidade.

Finalmente, para responder à última questão – de que o método jurídico seria hermético e formalista, adotando procedimentos que não cedem espaço ao debate e à deliberação coletiva na busca por consensos –, demos ênfase aos mecanismos que têm transformado o Poder Judiciário, absorvendo no procedimento judiciário vários instrumentos típicos da deliberação política.

Fizemos isso discutindo o Judiciário como *locus* privilegiado para o controle de políticas públicas, como uma forma de cidadania social e a introdução, no procedimento judicial, de mecanismos que permitem a participação de grupos de interesse, ampliando o debate por meio das audiências públicas e dos *amici curiae*.

Assim, podemos afirmar, a despeito de reticências na doutrina, que a judicialização da política tem sido acompanhada de um aumento de legitimidade representativa, no qual se inclui um maior número de atores no processo decisional, trazendo para dentro do procedimento jurisdicional alguns elementos da deliberação legislativa que podem levar ao consenso.

Finalmente, concluímos que o Poder Judiciário é um espaço legítimo de exercício da democracia, acolhendo, de forma complementar às instâncias políticas tradicionais, a manifestação de grupos minoritários – seja por meio dos partidos de oposição, seja em grupos de interesse sem acesso às estruturas políticas tradicionais –, permitindo sua participação ativa no debate e influência argumentativa sobre a decisão final.

Longe de serem sintoma de uma doença institucional, os debates levados ao Poder Judiciário sinalizam a ampliação quantitativa e qualitativa da participação democrática brasileira.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos; revisão da tradução de Nivia Mônica da Silva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

AGUIAR, Thais Florencio de. **A judicialização da política ou o rearranjo da democracia liberal**. *Revista eletrônica semestral do programa de estudos pós-graduados em ciências sociais da PUC-SP*. n. 2. 2o. Semestre 2007.

ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. (org.). **The judicialization of politics in Latin America**. New York: Palgrave Macmillan, 2005

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. 2. ed. Brasília : Senado Federal, 2001.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <[www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 15.12.2011.

BERGERON, Gérard. **Tout était dans Montesquieu. Une relecture de L'Esprit des lois**. Paris-Montréal: L'Harmattan. 1996. Disponível em: <[http://classiques.uqac.ca/contemporains/bergeron\\_gerard/tout\\_etait\\_dans\\_Montesquieu/tout\\_etait\\_dans\\_Montesquieu.html](http://classiques.uqac.ca/contemporains/bergeron_gerard/tout_etait_dans_Montesquieu/tout_etait_dans_Montesquieu.html)>. Acesso em: 20.12.2011.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: 10.01.2012

BRASIL. **Lei 9.868/99**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 10.01.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3510**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10.01.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 54**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 08.11. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 101**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 08.11. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 186**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 08.11. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10.01.2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem**. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 23, p. 115-126. Nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 20.12.2011.

\_\_\_\_\_. **Revisão Judicial e Judicialização da Política no direito ocidental: Aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento**. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 28, p. 161-179. Nov. 2007. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782007000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782007000100011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 19.10.2011.

\_\_\_\_\_. **Trajatória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização**. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 23, p. 176-207. Jan/Abril 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222010000100007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222010000100007&script=sci_arttext)>. Acesso em: 11.12.2011.

\_\_\_\_\_. MARONA, Marjorie Corrêa. **Por um conceito operacional de judicialização da política**. 7º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política: Recife, Pernambuco, 04 a 07 de agosto de 2010. Disponível em: <[http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/12\\_7\\_2010\\_22\\_18\\_4.pdf](http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/12_7_2010_22_18_4.pdf)>. Acesso em: 10.11.2011.

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

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita de Cássia Barradas. **Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos**. *Rev. Saúde Pública*, n. 44, v. 3, p. 421-429, 2010.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 54, p. 28-39, 2006.

COSTA, Alexandre Araujo; BENVINDO, Juliano Zaiden; ALVES, André Gomes; MEDEIROS FILHO João Telésforo N. de. **A quem interessa o controle**

**concentrado de constitucionalidade? Um perfil das decisões de procedência em ADIs.** Anais do 7o. Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, Recife-PE, 2010. Disponível em: <[http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/29\\_7\\_2010\\_17\\_33\\_41.PDF](http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp2010/arquivos/29_7_2010_17_33_41.PDF)> Acesso em: 04.09.2011.

COSTA, Jean-Louis. **Nécessité, conditions et limites d'un pouvoir judiciaire en France.** In: **Revue française de science politique**, ano 10, nº2. p. 261-286, 1960. Disponível em: <[www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp\\_0035-2950\\_1960\\_num\\_10\\_2\\_392571](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/rfsp_0035-2950_1960_num_10_2_392571)>. Acesso realizado em 19.10.2011

DA ROS, Luciano. **Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007).** Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <[www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13819](http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13819)>. Acesso em 10.01.2012.

DAHL, Robert. **Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker.** *Journal of Public Law*, vol. 6. 1957. Disponível em: <[http://faculty.maxwell.syr.edu/tmkeck/Readings/Dahl\\_1957.pdf](http://faculty.maxwell.syr.edu/tmkeck/Readings/Dahl_1957.pdf)>. Acesso em: 12.01.2012.

DURAN FERREIRA, Camila *et al.* **O judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso Aids.** Prêmio Ipea 40 anos. Brasília: Ipea, 2005.

ELSTER, Jon. **Peças e Engrenagens das Ciências Sociais.** Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

\_\_\_\_\_. **Ulisses Liberto. Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições.** Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Unesp, 2010.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas.** Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GUERRA, Gustavo Rabay. **O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais.** *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, UniBrasil, n. 4, 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HAMILTON, Alexander. **Federalist No. 78.** *The Federalist Papers*, 1961. Disponível em <<http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>>. Consulta realizada em 10.08.2010.

IWASAKI, Micheli Mayumi. **A desapropriação judicial no Código Civil: Limites e possibilidades para a reforma agrária.** Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, 2008.

KLATAU FILHO, Paulo. **A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803).** *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 02 jul/dez 2003, Método, São Paulo, 2003.

LAMY, Marcelo. Sistema Brasileiro de Controle da Constitucionalidade. In: TAVARES, André Ramos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises.** *Lua Nova*. São Paulo, n. 57, p.113-133, 2002, São Paulo. Disponível em <[www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf)>. Acesso em 02.07.2011.

MARCHETTI, Vítor; CORTEZ, Rafael. **A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais.** *Opinião Pública*, Campinas, vol. 15, nº 2, p.422-450. Nov. 2009. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/op/v15n2/06.pdf](http://www.scielo.br/pdf/op/v15n2/06.pdf)>. Acesso em: 11.01.2012.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional.** Discurso proferido no 14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias, Vilnius, Lituânia, 2008. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf)>. Acesso em: 10.01.2012.

MONTEIRO, Maurício Gentil. **A realização de audiências públicas e o ativismo judicial do STF – revisando a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.** Dez. 2011. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/audiencias-publicas-e-o-ativismo-judicial-do-stf>>. Acesso realizado em 22.01.2012.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **De l'ésprit des lois.** Paris, Édition « l'Intégrale », Seuil, 1964. Disponível em: <<http://classiques.uqac.ca>>. Acesso em: 19.10.2011.

\_\_\_\_\_. **O Espírito das Leis.** Trad. atribuída pelo editor à Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa.** Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A política por todos os lados.** Artigo publicado no jornal Valor Econômico, de São Paulo, em 25.11.2011.



Disponível em <[www.valor.com.br/cultura/1109720/politica-por-todos-os-lados](http://www.valor.com.br/cultura/1109720/politica-por-todos-os-lados)>. Acesso em 18.12.2011.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. 2. ed. Brasília : Senado Federal, 2001.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. **Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?** DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 48, nº 3, 2005, pp. 559 a 587. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v48n3/a04v48n3.pdf>>. Acesso em 23.11.2011.

POLETTI, Ronaldo. (1999) **Constituições Brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da Saúde. in: GRINOVER, WATANABE (org.). **O controle jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Alexandre Garrido da. **O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo**. CONPEDI, Anais, p. 3321-3341. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Salvador – BA, nos dias 19, 20 e 21 de junho de 2008. Disponível em: <[www.conpedi.org.br/salvador/alexandre\\_garrido\\_da\\_silva.pdf](http://www.conpedi.org.br/salvador/alexandre_garrido_da_silva.pdf)>. Acesso em: 10.01.2012.

SILVA, Carlos Augusto: **O processo Civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SHAPIRO, Martin. **Courts: a comparative and political analysis**. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

STONE SWEET, Alec. Judicialization and the Construction of Governance. In: SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. **On Law, Politics and Judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

\_\_\_\_\_. **Governing with judges**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, Chester Neal; VALINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew Macleod. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. **Revista Dados**. vol. 50, n. 2, p. 229-257. IUPERJ, 2007.

\_\_\_\_\_; DA ROS, Luciano. **Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política**. Revista Dados.

vol. 51, núm. 4, p. 825-864. IUPERJ, 2008. Disponível em <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/218/21817687002.pdf>>. Acesso em 14.01.2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De La démocratie en Amérique I**. 13. ed. Publication en version numérique par Jean-Marie Tremblay. Chicoutimi, Canada : 2002. Disponível em:<[classiques.uqac.ca/classiques/De\\_tocqueville\\_alexis/democratie\\_1/democratie\\_t1\\_1.pdf](http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/democratie_1/democratie_t1_1.pdf)>. Acesso realizado em 14.11.2011.

TROPER, Michel. **Le pouvoir Judiciaire et la Démocratie**. European Journal of Legal Studies (EJLS) v. 1 n. 2. Dez. 2007. Disponível em <<http://www.ejls.eu/2/32FR.htm>>. Acesso realizado em 23 de novembro de 2011.

TSEBELIS, George. **Jogos Ocultos: Escolha racional no campo da política comparada**. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edusp, 1998.

\_\_\_\_\_. **Atores com Poder de Veto: Como funcionam as instituições políticas**. Trad. Micheline Christophe Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

VAINER, Bruno Zilberman. A predominância do controle concentrado de constitucionalidade e as perspectivas de uma corte constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 14 – jul./dez. 2009. Disponível em <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-197-Monografia\\_Bruno\\_Zilberman\\_Vainer\\_\(Predominancia\\_do\\_Controlo\\_Concentrado\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-197-Monografia_Bruno_Zilberman_Vainer_(Predominancia_do_Controlo_Concentrado).pdf)>. Acesso em: 10.01.2012.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Memória Jurisprudencial: Ministro Hahnemann Guimarães**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010.

VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. *Revista Direito GV, São Paulo*, 4(2), p. 389-406. jul-dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2.pdf>>. Acesso em: 10.11.2011.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “à brasileira”**. *Revista Direito GV, São Paulo*. p. 407-440. jul./dez. 2008 Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a04v4n2.pdf>>. Acesso em 08.01.2012.

VIANNA, Luís Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: UFMG, IUPERJ/FAPERJ, 2002.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Dezessete anos de judicialização da política**. *Tempo Brasileiro, Revista de Sociologia da USP*, v. 19, n.2. São Paulo, 2007

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil.** *Rev. Saúde Pública*, n. 41, v. 2, p. 214-222, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** *Rev. Direito GV*. v.4, n.2, p. 441-463, 2008. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf)>. Acesso em: 09.01.2012.

WHITTINGTON, Keith E. **“Interpose Your Friendly Hand”:** *Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court.* *American Political Science Review*, Vol. 99, No. 4, 2005. Disponível em: <[www.apsanet.org/imgtest/APSRNov05Whittington.pdf](http://www.apsanet.org/imgtest/APSRNov05Whittington.pdf)>. Acesso em: 10.01.2012.

ZENI, Carine. **O Poder Judiciário como legislador positivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais.** *Rev. Disc. Jur. Campo Mourão*, v. 3, n. 2, p. 129-148, jul./dez. 2007. Disponível em <[revista.grupointegrado.br/revista/discursojuridico/article/viewFile/217/103](http://revista.grupointegrado.br/revista/discursojuridico/article/viewFile/217/103)>. Acesso em 08.01.2011