

Prefácio

Um espectro ronda a democracia contemporânea – o espectro da judicialização da política. Thamy Pogrebinski, pesquisadora oriunda do campo da teoria política, com trabalhos premiados pelas principais associações científicas das áreas de Ciência Política e Ciências Sociais, realiza neste livro a sua “virada empírica”, em busca das reais dimensões deste espectro no caso da democracia brasileira atual. Os resultados dessa investigação não poderiam ser mais surpreendentes e o livro deve alcançar rapidamente o centro do debate público e acadêmico sobre o tema.

O fenômeno da judicialização da política vem sendo acompanhado com interesse por intelectuais, por atores do mundo político e jurídico e pela mídia. De escala global, a transferência de poder das instâncias políticas representativas para os tribunais vem se dando em inúmeros países desde o final da Segunda Guerra Mundial, em ondas associadas a processos de democratização nos diversos continentes. As formas de transferência têm sido várias, desde a adoção de constituições extensas e pródigas em direitos, passando pela criação de tribunais constitucionais, pela ampliação do acesso à justiça a causas coletivas até os impactos da assinatura de tratados internacionais sobre os ordenamentos jurídicos nacionais. Em termos mais específicos, a judicialização da política tem reconfigurado a face da democracia representativa em duas dimensões principais: quando tribunais constitucionais revisam a constitucionalidade das leis aprovadas pelo parlamento ou dos atos normativos do executivo, e quando tribunais interferem de algum modo na condução governamental das políticas públicas.

Louzada por uns, denunciada por outros, a judicialização da política carrega em si o germe de sua controvérsia. A origem da polémica remonta a Hamilton, que nos *Artigos Federalistas* 78 a 83 pôs-se a defender a condição privilegiada dos juizes e o papel político do Judiciário na ousada engenharia institucional da Constituição elaborada na Filadélfia. A dificuldade central era: o mesmo movimento que pretendia construir a primeira nação democrática moderna, assentada no governo do povo, parecia elevar a magistratura à condição de corpo independente e reservar ao Judiciário a função contramajoritária de preservar a constituição frente aos atos dos poderes políticos representativos da soberania popular.

A expansão das funções políticas do Judiciário no século XX não ocorreu sem que essas questões clássicas fossem enfrentadas. Em todos os cantos em que juizes tiveram seu poder fortalecido direta ou indiretamente por novas cartas constitucionais, uma volta no parafuso da democracia representativa teve que ser dada para justificar o papel político da magistratura. Do ponto de vista dos operadores do direito, a constitucionalização dos regimes políticos e a adoção de mecanismos de judicialização da política constituiriam desenvolvimentos necessários às democracias, cujos “espetáculos de turbulência e luta – para relembra Madison – sempre se mostraram incompatíveis com a segurança pessoal ou com os direitos de propriedade, e tiveram em geral vidas tão breves quanto violentamente interrompidas”. Esta seria uma descrição adequada das experiências de Alemanha, Itália e Japão quando sucumbiram a regimes totalitários e posteriormente reconstruíram suas democracias atribuindo ao Direito e a suas instituições típicas a função de domesticar a Política. Caminho semelhante seria seguido pelos países da terceira onda de democratização nos anos 1970/80 e, mais tarde, de muitos países do Leste Europeu que transitaram para a democracia e para a economia de mercado. Nessa mesma perspectiva positiva da judicialização, recentemente uma visão jurídica ainda mais arrojada passou a defender o Direito não só como freio de democracias em risco por excesso de velocidade, mas também como acelerador da cidadania nos regimes políticos em marcha lenta.

Do ponto de vista da Ciência Política, a naturalização da expansão judicial em solo democrático nunca foi bem aceita, muito menos a ideia de que ao adotar constituições e tribunais constitucionais estamos necessariamente melhorando a democracia. Muitos autores chegam mesmo a se perguntar por que políticos teriam interesse em transferir autoridade para instâncias não parlamentares e não executivas de poder como cortes constitucionais e também em reduzir sua discricionariedade por meio da constitucionalização de direitos. A explicação residiria num movimento estratégico de elites políticas em busca de algum tipo de segurança contra as incertezas inerentes à competição política em regimes democráticos.

No Brasil, o modelo de 1988, no qual estão assentadas as bases de nossa judicialização contemporânea da política, foi aclamado por uns e criticado por outros. Os elementos de nossa equação constitucional são bastante conhecidos. Animados pela ideia de remover o “entulho autoritário” deixado pelos militares e determinados a evitar recaídas antidemocráticas e assegurar futuro às suas preferências, nossos constituintes nos legaram uma constituição extensa, detalhada, generosa em direitos e antecipadora de políticas públicas. Também reconstruíram o sistema judicial, ampliando o acesso à justiça para causas coletivas e redesenhando o subsistema de controle constitucional, de modo a torná-lo um dos mais abrangentes do mundo. O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário, teve seu papel de corte constitucional fortalecido e seu acesso direto franqueado a uma centena de atores políticos e sociais. Elogiado e defendido por muitos, o modelo de 1988 também foi criticado por corresponder a uma visão negativa da política representativa e, em termos práticos, por comprometer decisivamente a governabilidade do país ao esparramar pontos de veto por todo o sistema institucional.

O livro de Thamy Pogrebinski insere-se nesse debate de modo inovador. Segundo a autora, associar a judicialização da política a uma crise da representação é praticar um falso silogismo. Seu mérito não está, portanto, em tomar partido no debate normativo sobre o caráter positivo ou negativo da judicialização, mas, a partir de dados inéditos de pesquisa, colocar a

questão em novos patamares. Defensores e adversários da judicialização da política terão que rever suas posições depois da leitura deste livro.

A autora se contrapõe a duas fortes interpretações da judicialização da política à brasileira. A primeira vê no modelo de 1988 e nos reforços trazidos pela reforma constitucional do Judiciário de 2004 as bases de uma suposta “supremocracia”. A segunda vai mais longe na história republicana e remonta à corrente estadonovista que considerava o arranjo liberal da democracia representativa insuficiente ou inviável entre nós. Essa corrente teria sido responsável, dentre outras inovações, pela ideia da “representação funcional” como forma de adensar o espaço político e melhorar a qualidade da condução do Estado. Atualizada na forma do modelo de 1988, essa tradição crítica vê na judicialização da política a expressão e a possibilidade de correção de nosso histórico déficit democrático. >

Ambas as interpretações estariam equivocadas por não encontrarem amparo nos fatos e por sustentarem seus argumentos de modo meramente funcionalista. Postulada a crise da representação, a judicialização da política seria a resposta funcional do sistema. Em termos mais concretos, o ativismo judicial seria consequência da retração do parlamento e do vácuo legislativo aberto por um Congresso paralisado por ineficiência e corrupção. Todavia, como diz a autora, o duplo argumento da crescente intervenção do judiciário e da fragilidade do legislativo nunca foi empiricamente demonstrado de modo a confirmar aquelas hipóteses.

Afinal, o STF exerce de fato sua função contramajoritária e anula com frequência as leis produzidas por um parlamento errático e frágil? Frente às decisões judiciais, o legislativo permaneceria inerte e incapaz de editar normas sobre os assuntos roubados pela apreciação judicial? Escapando da técnica chamada por ela de “exemplaridade dos casos” (técnica pela qual diversos analistas procuram demonstrar empiricamente a *supremocracia*, isto é, recorrendo a alguns poucos mas exemplares casos de intervenção judicial em questões políticas), Thamy Pogrebinski reuniu em banco de dados as 4.574 ações protocoladas no STF entre 1988 e 2009, relativas ao controle constitucional direto e abstrato. São 4.347 Ações Diretas de

Inconstitucionalidade (ADI), 202 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e 25 Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC). Procedendo a sucessivos recortes, a autora reduzirá este universo a 810 ADIs e ADPFs que tiveram como objeto leis a atos normativos do Poder Legislativo federal. É a partir da análise do que realmente aconteceu com esse conjunto de ações que as hipóteses presentes no debate público e também no meio acadêmico são sistematicamente testadas pelo livro.

Para não estragar o prazer da leitura e da descoberta pelos próprios leitores, não anteciparei aqui os resultados, que podem ser aquilatados desde as primeiras páginas do livro. Devo dizer, entretanto, que eles levarão a uma profunda revisão dos argumentos convencionais sobre a judicialização da política no Brasil.

Embora o livro esteja estruturado em quatro capítulos, ele pode ser dividido em duas grandes partes. Os três primeiros capítulos são principalmente descritivos e se encarregam de testar empiricamente as hipóteses, nas duas direções do falso silogismo apontado pela autora. Na primeira direção (Capítulos 1 e 2), a quantidade e a qualidade das decisões do STF (incluindo temas principais, tipos de autores das ações, quais os vícios de inconstitucionalidade que comprometem a legislação federal) são examinadas. Na segunda direção (Capítulo 3) a atividade legislativa anterior e posterior às decisões judiciais é investigada de modo a enfrentar o argumento sobre o “vácuo legislativo”, e um estudo de caso ilustra a interação entre Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional em torno da política constitucional.

O Capítulo 4 é responsável por uma segunda parte do estudo, dedicada à reflexão teórica sobre as relações entre judicialização da política e representação. Inspirada pelas descobertas empíricas, a autora defende que tais processos não são contraditórios e que a participação do Judiciário em questões políticas não expressa nem reforça uma suposta crise da representação. Reivindicando a possibilidade de algum “experimentalismo democrático”, Thamy Pogrebinski argumenta que a revisão judicial das leis

podé operar no sentido de fortalecer o caráter representativo da democracia e de aperfeiçoar o trabalho do poder legislativo. De fato, parece sumir no retrovisor aquela imagem exclusivamente contramajoritária dos tribunais constitucionais, que hoje não atuam apenas de modo retrospectivo e negativo, mas também atuam prospectando a constituição e inovando positivamente o ordenamento jurídico.

É verdade que tomar a atuação dos juizes como atividade de representação política nestes novos tempos exige uma reelaboração conceitual dessa última, particularmente da questão do vínculo formal estabelecido entre representantes e representados por meio de eleições periódicas. E a autora não deixa de realizar essa revisão, argumentando que o que torna uma instituição representativa, em sentido político, não é necessariamente ou exclusivamente o vínculo de tipo eleitoral, mas as consequências engendradas por sua própria atuação. Nas suas palavras, “é o compartilhamento das consequências políticas de uma determinada atividade (seja esta a promulgação de uma lei, a execução de uma política pública ou a tomada de uma decisão judicial) e sua correspondência às demandas presentes na sociedade o que a torna representativa”.

Deste ponto de vista, não cabe dúvida de que o padrão de atuação do STF, revelado pelo livro, nos levaria a considerá-lo uma instituição representativa, não só por sua função de legislador negativo, mas pela interação positiva – e matizada por diversos expedientes institucionais – que tem mantido com o Legislativo. Por ser uma conclusão bastante controversa, creio que é em torno dela que se dará o debate entre os interessados pelo espectro da judicialização da política, agora bem mais informados sobre a sua real extensão na democracia brasileira.

Rogério Bastos Arantes
Professor do Departamento de Ciência Política
da Universidade de São Paulo (USP)

Sumário

Agradecimentos	vii
Apresentação	ix
Prefácio	xiii
INTRODUÇÃO	
O falso silogismo da judicialização	1
Sobre o banco de dados	13
CAPÍTULO 1	
Contramajoritarismo ou deferência judicial?	17
1.1. Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Congresso Nacional	25
1.2. As decisões liminares	53
CAPÍTULO 2	
Judicialização da política ou aperfeiçoamento legislativo?	61
2.1. Casos	64
2.1.1. Temas	65
2.1.2. Governos	75
2.1.3. Autores	82
2.2. Decisões	90
2.2.1. Vícios de inconstitucionalidade	91
2.2.2. Aperfeiçoamento legislativo	98



ELSEVIER

Um espectro ronda a democracia contemporânea – o espectro da judicialização da política. Thamy Pogrebinski, pesquisadora oriunda do campo da teoria política, com trabalhos premiados pelas principais associações científicas das áreas de Ciência Política e Ciências Sociais, realiza neste livro a sua “virada empírica”, em busca das reais dimensões deste espectro no caso da democracia brasileira atual. Os resultados dessa investigação não poderiam ser mais surpreendentes e o livro deve alcançar rapidamente o centro do debate público e acadêmico sobre o tema.

Rogério Bastos Arantes,

Professor de Ciência Política da USP.

Mediante combinação de perspectivas teóricas, como recentes desdobramentos da escolha racional aplicada ao estudo das instituições e contribuições de ponta nos estudos sobre deliberação, Thamy Pogrebinski oferece visão sofisticada e inovadora sobre a dinâmica institucional recente em nosso país. A um só tempo, explicativa e normativa, teórica e empírica, a presente obra se inscreve naquilo que a ciência política brasileira contemporânea tem de mais rico a oferecer aos leitores interessados nos destinos de nossa democracia.

Fabiano Santos,

Professor de Ciência Política do IESP-UERJ e Presidente da ABCP.

JUDICIALIZAÇÃO OU REPRESENTAÇÃO?

Política, direito e democracia no Brasil



THAMY POGREBINSCHI

JUDICIALIZAÇÃO OU REPRESENTAÇÃO?

THAMY POGREBINSCHI

ISBN 978-85-352-5150-0



1 Kot