



THAMY POGREBINSCHI
CIENTISTA POLÍTICA

o FALSO SILOGISMO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Poucos temas no Brasil parecem ter sido simultaneamente tão abraçados pela mídia e pela academia nos últimos anos quanto o da chamada judicialização da política. O discurso de que o Poder Judiciário se agiganta fazendo sombra aos demais Poderes parece igualmente persuadir jornalistas e intelectuais, os quais, por vezes, unem suas vozes em uníssonos para cantar o coro de uma suposta crise da representação política. À medida que avança a tese da judicialização, ganha corpo a crença de que a mesma teria como causa e efeito a crise da representação. Um falso silogismo que não poderia resultar em outra coisa senão em uma falácia: a de que uma crise institucional ameaça a democracia brasileira.

O discurso não é novo, porém, agora, parece ter encontrado no Poder Judiciário uma trincheira estratégica de onde atacar o Poder Legislativo. Em suas várias roupagens, o silogismo falaz se reproduz nas páginas dos jornais, que insistem em

dizer para aqueles dispostos a acreditar que no Brasil “a maioria das leis é considerada inconstitucional e acaba ocupando ainda mais os tribunais com a rotina de descartá-las”. A “baixa qualidade da produção legislativa”, informou-nos ainda recentemente o maior veículo de imprensa do país, responderia pela invalidação de leis “que não se baseiam em princípios constitucionais” (*O Globo*, 19 de Junho de 2011, p. 3). Acusado de legislar pouco e mal, o Legislativo seria ainda apresentado como responsável pela sobrecarga do Poder Judiciário, que não apenas habilitar-se-ia a legislar por ele, como muito trabalho teria para sanar os vícios da legislação supostamente malfeita. Apequenado o Legislativo, o Judiciário é projetado como um gigante, enquanto a política brasileira converte-se em uma metáfora de si mesma aos olhos daqueles que ainda se deixam encantar pelas fábulas contadas pela imprensa.

Em meu novo livro, *Judicialização ou Re-*

apresentação? Política, Direito e Democracia no Brasil, mostro o quão problemática pode ser a reiteração desse tipo de argumento nos meios acadêmicos. As ciências sociais e jurídicas vêm realizando importantes e interessantes esforços de compreensão do processo de judicialização da política e do papel do Poder Judiciário. No entanto, amparando-se apenas em casos e não em dados, parte desta literatura colabora para a difusão da crença de que judicialização implica “avanço do direito em detrimento da política e consequente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos” (Vieira, 2008: 442).

Repete-se, assim, no Brasil o diagnóstico dos autores estrangeiros sistemática e recorrentemente usados pela literatura nacional que se dedica ao estudo da judicialização, qual seja o de que o Judiciário, ao buscar suprir supostas lacunas deixadas pelo sistema representativo, contribui para aprofundar a crise da democracia (Garapon, 1999). Recorrendo muitas vezes a um mesmo (e bastante limitado) repertório de casos como suporte para os seus argumentos, assume-se por aqui que a judicialização não ocorreria se as instituições majoritárias fossem efetivas e respeitadas, e tampouco o ativismo judicial floresceria em um cenário no qual os valores dos juízes se identificassem com os das instituições majoritárias (Tate e Valinder, 1995).

É tendo por base essas referências comuns que alguns parecem ter se convencido de que “a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios” (Castro, 1996). Ou ainda que o Poder Judiciário é convocado “ao desempenho do papel de um *tertius* capaz de exercer funções de *checks and balances* no interior do sistema político, a fim de compensar a tirania da maioria, sempre latente

na fórmula brasileira de presidencialismo de coalizão” (Vianna *et alli*, 1999: 51). A suposta atrofia do Legislativo e do Executivo levaria ainda a uma hipertrofia do Judiciário: “o STF está hoje no centro de nosso sistema político, fato que demonstra a fragilidade de nosso sistema representativo” (Vieira, 2008: 441). Entimema e democracia à parte, estaríamos, assim, de acordo com essas leituras, diante de uma “supremocracia”, termo que se refere à autoridade do Supremo Tribunal Federal em relação às demais instâncias do Judiciário bem como à expansão de sua autoridade “em detrimento dos demais poderes” (Vieira, 2008: 445). Como derradeira conclusão destas que reputo como falsas premissas estaria o suposto fato que “o descrédito da representação política trará consigo a emergência da representação funcional” (Vianna, 2008).

O pressuposto de que o Poder Judiciário expande-se em um vácuo normativo deixado pelo Poder Legislativo jamais foi demonstrado empiricamente de modo a confirmar a hipótese de que a uma eventual inércia ou disfuncionalidade do segundo corresponderia algum ativismo do primeiro. A comprovação da não correlação entre uma suposta deficiência da produção legislativa e um suposto excesso de prestação jurisdicional faz-se, assim, mais do que necessária. Embora isso certamente não seja suficiente para livrar a democracia brasileira dos contínuos ataques que vem sofrendo suas instituições representativas, é esse tipo de prova empírica que busco oferecer.

Se no Brasil, como em outros países que adotaram o sistema americano de freios e contrapesos, o controle de constitucionalidade apresentasse como uma solução liberal para problemas democráticos (Arantes, 1999), por aqui o arranjo institucional de imposição de freios à vontade majoritária jamais se revelou decorrência de um eventual esmorecimento da legitimidade das decisões das casas representativas da soberania

O PRESSUPOSTO DE QUE O PODER JUDICIÁRIO SE EXPANDE EM UM VÁCUO NORMATIVO

popular. Se o fortalecimento do Poder Judiciário tributa-se às variegadas causas mencionadas pela literatura tanto das ciências sociais como do direito, dentre elas ainda não comprovou-se estar seja uma expansão de sua competência constitucional contramajoritária, seja uma retração da vocação majoritária dos Poderes Legislativo e Executivo.

Ao jogo retórico de premissas invertidas e conclusões falsificáveis é preciso confrontar fatos e dados. Um dos principais alicerces sobre os quais construiu-se a tese da judicialização da política no Brasil é o significativo e crescente volume de ações ajuizadas por meio do controle concentrado de constitucionalidade. O número de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) impetradas no Supremo Tribunal Federal passou a ser tomado como uma espécie de indicador do nível de judicialização do país. O volume do uso desse recurso institucional por atores políticos, como partidos e governadores, passou a ser usado para mensurar a natureza da judicialização como propriamente política, ou seja, conducente a confirmá-la como “um recurso das minorias contra as majorias parlamentares” (Vianna *et ali*, 1999:51).

É chegada a hora de identificar algumas premissas que vêm convertendo o silogismo da judicialização em um entimema, a fim de evitar que a democracia brasileira seja enredada pela falácia da crise institucional. Se o Poder Judiciário vem sendo crescentemente procurado pela sociedade, disso não decorre logicamente que o Poder Legislativo, lócus principal da soberania popular, tenha se tornado menos apto a representá-la. Se o número de ADIs impetradas no Supremo Tribunal Federal cresceu significativamente desde 1988, disso não decorre logicamente que em nossa corte constitucional tenha se instalado um ativismo e tampouco que este decorra de “uma retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade” (Barroso, 2010: 35).

Tanto a imprensa quanto a literatura especializada das ciências sociais e do direito usualmente baseiam seus argumentos de que a judicialização da política redunde em ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal em um seletivo e limitado conjunto de casos que, por mais que não se apresente de modo estático, não tende a variar muito. As decisões sobre fidelidade partidária, verticalização das coligações, cláusula de barreira e número de vereadores, assim como outras sobre objetos de natureza menos explicitamente política como criação de municípios, greve dos servidores públicos e células-tronco, parecem ter sido suficientes para converter o STF em “centro do sistema político” (Vieira, 2008), como se não bastasse o seu suposto lugar de “muro das lamentações” (Vianna, 2008).

As falsas premissas do silogismo da judicialização não resistem ao teste dos fatos. Para concluir-se que a política é judicializada, o STF é ativista e o Legislativo se encontra enfraquecido, faz-se necessário olhar não apenas para o volume de ações impetradas, mas também para os resultados daquelas efetivamente decididas pelo Supremo Tribunal Federal. Como o STF decide as ações contra normas promulgadas pelo Legislativo? E como ele as decide no mérito, e não apenas liminarmente, de modo a efetivamente limitar a expressão da vontade majoritária? Essas perguntas ainda não foram respondidas pela literatura sobre judicialização, assim como não o foram outras igualmente relevantes para uma defesa minimamente consistente do argumento de que há algum tipo de retração do Legislativo, seja na origem ou nos efeitos do processo de judicialização. É possível comprovar empiricamente a existência de um vazio normativo no Congresso Nacional a respeito daqueles temas nos quais o STF é chamado a decidir no controle abstrato de constitucionalidade? E essas decisões tendem a refrear a produção legislativa, permitindo o Con-

gresso que o Supremo substitua a sua vontade pela dele? Seriam muitas as questões a serem respondidas para que se pudesse operar a passagem da premissa que se apoia no grande volume de ADIs impetradas no STF para a conclusão que o Congresso legisla pouco e mal.

O limitado repertório de casos que usualmente acompanha os libelos que associam a expansão do poder judicial do STF à retração da capacidade de representação do Legislativo também não é de nenhum modo suficiente para conferir lógica ao falaz silogismo da judicialização. Ademais, tais casos, já mencionados, consistem naquilo que em estatística chama-se de *outliers*, isto é, são registros que se desviam significativamente do restante dos dados componentes de uma amostra. Alguns dos habituais exemplos são mesmo casos em que a decisão do Supremo não necessariamente colide com a expressão da vontade majoritária ou ancora-se em sua ausência. Há, inclusive, entre os casos tomados como paradigmáticos do suposto ativismo do STF alguns que sequer foram decididos por meio do controle concentrado de constitucionalidade, a partir do qual acostumou-se a medir o grau de judicialização do país por meio do número de ADIs impetradas. Decisões como a do caso Mira Estrela, no qual o STF estabeleceu novos números mínimos e máximos de vereadores para os municípios, deram-se por meio de recurso extraordinário, instrumento do controle difuso de constitucionalidade que tem efeitos bastante restritos. O caso da fidelidade partidária repercutiu mais em torno de mandados de segurança, tendo sido as ADIs impetradas sobre este tema julgadas improcedentes. Ressalte-se ainda que neste caso, como também no da verticalização das coligações, a contestação se iniciou no Tribunal Superior Eleitoral, a arena judicial natural dos conflitos políticos. Isso também deve ser levado em conta na mitigação do cálculo do ativismo baseado na exemplaridade de casos, a despeito de o TSE ser

composto por alguns dos membros do STF ou este tender a confirmar suas resoluções e consultas (Marchetti, 2008).

Algo que a literatura sobre judicialização aponta e não pode realmente deixar de ser afirmado é o reconhecimento do Judiciário como instituição política (Arantes, 2007) e, especificamente, do papel do Supremo Tribunal Federal no processo decisório e na dinâmica institucional que envolve o Executivo e o Legislativo (Taylor, 2007). Definitivamente, a conhecida interpretação sobre o presidencialismo de coalizão no Brasil (Abranches, 1988; Santos, 2003), que sustenta que a governabilidade do país depende do sucesso de acordos e alianças majoritárias entre o Executivo e o Legislativo, deve ser estendida de modo a abranger também o Judiciário, por meio de análises sobre o comportamento do Supremo Tribunal Federal e seu papel no processo político-decisório.

É um passo nesta direção que meu livro pretende dar, ao tomar como objeto as relações entre Judiciário e Legislativo no Brasil, mais especificamente as relações entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. Nesse sentido, é preciso falsificar as premissas sob as quais vem se assentando o silogismo da judicialização, mostrando, por um lado, que, se há expansão da atuação do STF, ela não se dá em razão de um suposto vácuo deixado pelo Congresso e tampouco se exercita em detrimento de sua produção legislativa. Ao contrário, ao decidir as ações impetradas contra normas do Legislativo federal, o Supremo parece agir com bastante parcimônia, chegando a indicar mesmo algum tipo de deferência, quando não uma disposição de preservar e aperfeiçoar o trabalho do Congresso. Ao mesmo tempo, a atividade legislativa, que já se mostra constante e diversificada ao tempo dos julgamentos do STF, vê-se impulsionada pela atuação deste quando alguma de suas normas é declarada inconstitu-

NÃO É POSSÍVEL COMPROVAR A EXISTÊNCIA DE UM VAZIO NORMATIVO NO CONGRESSO

cional, o que leva a uma resposta do Congresso, que acaba então por dar a última palavra.

E esta última palavra consiste justamente naquela que expressa a prevalência da vontade majoritária na democracia brasileira. O que se revela, de outro modo, é que desde 1988 o Supremo Tribunal Federal vem exercendo sua função contra-majoritária de modo bastante parcimonioso e, mais do que isso, vem contribuindo, no exercício do controle de constitucionalidade, para o fortalecimento da vontade majoritária expressa pelas instituições representativas, isto é, pelos poderes Legislativo e Executivo. Ajustadas as premissas, tem-se como conclusão do silogismo da judicialização o fortalecimento da representação.

São dois os modos pelos quais a representação se fortalece por meio da judicialização. De um lado, como já mencionei acima, pela atitude do STF de convalidar a expressão da vontade majoritária realizada no Congresso, ao abster-se de exercitar sua função contramajoritária de invalidar normas ou exercê-la de modo a preservar e aperfeiçoar a produção legislativa. De outro lado, o conceito de representação política deve ser alargado de modo a abranger as cortes constitucionais, que não podem afinal deixar de serem reconhecidas como instituições políticas. Ao fazer-se a passagem da empiria para a normatividade, e rever-se os conceitos de delegação, legitimidade e *accountability*, entende-se que o que se chama de judicialização pode vir a ser encarado como representação.

Não se trata da defesa de uma “generalização da representação” no sentido da afirmação de uma “representação funcional”, tampouco da percepção desta como subestabelecimento da representação política (Vianna, 2002). Trata-se, ao contrário, de ampliar a representação política enquanto expressão da vontade majoritária, concebendo novos arranjos institucionais para a sua vocalização. Os dados demonstram que, no

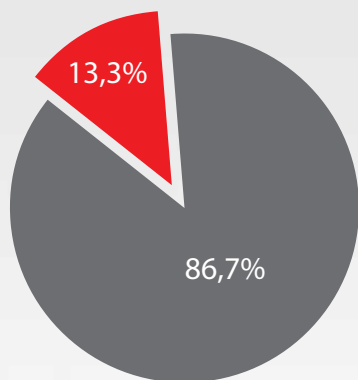
que tange às relações entre Judiciário e Legislativo, não há de se falar em crise institucional que ameace a estabilidade da democracia brasileira. Ao contrário, tais relações permitem vislumbrar um experimentalismo político que tem o potencial de fortalecer a democracia representativa no Brasil.

Com base em uma análise das decisões finais das ações constitucionais contra leis federais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal e da produção legislativa do Congresso Nacional no período compreendido entre 1988 e 2009, defendo no livro citado as seguintes proposições:

1 O Supremo Tribunal Federal não sofre efetivamente de uma “dificuldade contramajoritária”, sendo muito inexpressivo o total das suas decisões que declararam a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional. O STF confirma a expressiva maioria da produção legal do Congresso Nacional que julga no mérito, ao julgar procedentes, no todo ou em parte, apenas 13% das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) e arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs) que buscam impugnar suas normas. Tem-se, assim, que o STF logrou invalidar menos de 0,02% das normas promulgadas pelo Congresso Nacional entre 1988 e 2009.

2 O Supremo Tribunal Federal reforça a vontade majoritária expressa no Poder Legislativo federal, sendo muito expressivo o total das suas decisões que se abstiveram preliminarmente de apreciar a inconstitucionalidade (e, portanto, convalidaram ou revalidaram) de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional e contestados por meio do controle concentrado de constitucionalidade. Em outras palavras, o STF também confirma a expressiva maioria das normas do Congresso Nacional ao negar provimento

ADIS E ADPFs CONTRA LEIS PROMULGADAS PELO CONGRESSO NACIONAL, POR DECISÃO FINAL (1988-2009)



■ Indeferida ■ Procedente e procedente em parte

às ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) e às arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs) ajuizadas contra suas leis e atos normativos: de todas as impugnações de leis emanadas pelo Congresso nos últimos 21 anos decididas pelo STF, 74% foram indeferidas sem sequer ter o seu mérito discutido. Isso significa que o Supremo Tribunal Federal considera que apenas um quarto das ADIs e ADPFs que impugnam leis promulgadas pelo Poder Legislativo federal tem robustez para contestá-las.

3 O Supremo Tribunal Federal não ocupa um suposto vácuo normativo deixado pelo Poder Legislativo: nos últimos 21 anos, no momento em que o STF julgava procedente (no todo ou em parte) uma ADI ou ADPF contra norma do Congresso Nacional (e, portanto, declarava, no todo

ou em parte, a sua inconstitucionalidade) havia uma média de 11,7 projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre exatamente o mesmo assunto específico da norma contestada. Além disso, nos últimos 21 anos, a cada momento em que o STF prolatou decisões procedentes ou procedentes em parte (declarando, portanto, a inconstitucionalidade, no todo ou em parte) em julgamentos contra leis e atos normativos do Poder Legislativo federal, havia, em média, 2,6 normas vigentes promulgadas pelo Congresso Nacional que tratavam exatamente dos temas sobre os quais o STF se manifestou.

4 O Supremo Tribunal Federal não enfraquece o Poder Legislativo sobrestando suas decisões à vontade majoritária expressa pelo Congresso Nacional: sempre quando, nos últimos 21 anos, o STF julgou procedente (no todo ou em parte) uma ADI ou ADPF contra lei ou ato normativo emanado pelo Poder Legislativo federal, o Congresso Nacional respondeu posteriormente propondo uma média de 6,8 projetos de lei supervenientes sobre exatamente o mesmo assunto específico da norma que teve a sua inconstitucionalidade declarada (no todo ou em parte). Além disso, nos últimos 21 anos, a cada momento em que o STF prolatou decisões procedentes ou procedentes em parte (declarando, portanto, a inconstitucionalidade, no todo ou em parte) em julgamentos contra leis e atos normativos do Poder Legislativo federal, seguiram-se, em média, 1,3 normas promulgadas pelo Congresso Nacional que tratavam exatamente dos mesmos temas sobre os quais o STF se manifestou.

ATIVIDADE LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL SOBRE A MESMA MATÉRIA IMPUGNADA NAS DECISÕES DO STF (1988-2009)

Atividade Legislativa/Média	Anterior à decisão do STF (1988-data da decisão)	Posterior à decisão do STF (data da decisão-2009)
Projetos	11,8	6,8
Normas (Leis e EC)	2,6	1,3

TEMPO DE RESPOSTA DO CONGRESSO:
PROJETOS SOBRE A MESMA MATÉRIA IMPUGNADA NAS DECISÕES DO STF (1988-2009)

Tempo	% Projetos
0 a 6 meses	45,8
6 a 12 meses	10,4
12 a 18 meses	10,4
18 a 24 meses	12,5
Mais que 24 meses	20,8
Total	100

5 O Supremo Tribunal Federal propulsiona a agenda do Congresso Nacional, impelindo-o a legislar sobre determinadas matérias e a fazê-lo em determinados momentos: após decisão do STF que declara a inconstitucionalidade (no todo ou em parte) de norma do Poder Legislativo federal, este responde apresentando projetos de lei sobre o mesmo assunto imediatamente após a decisão judicial. Considerando o primeiro projeto apresentado sobre cada um dos objetos de normas declaradas inconstitucionais nota-se que 46% deles o são em menos de 6 meses após o julgamento do STF.

6 O Supremo Tribunal Federal não se comporta sistemática e univocamente de forma favorável ou desfavorável a nenhuma coalizão majoritária formada no Congresso ao longo de todos os governos federais eleitos no Brasil desde 1988: a proporção de ADIs e ADPFs contra normas do Poder Legislativo federal julgadas procedentes e improcedentes durante os últimos 21 anos é absolutamente simétrico, o que demonstra, sabendo-se que 85% das leis aprovadas pelo Poder Legislativo têm sua iniciativa no Executivo (Figueiredo e Limongi, 1999), que não há de se falar em um STF opositorista ou governista.

7 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das decisões procedentes e procedentes em parte, tem se valido de três recursos institucionais (interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e modulação dos efeitos da decisão) que tendem à preservação do trabalho do Poder Legislativo, limitando os efeitos de suas decisões, quando não evitando a nulidade das leis declaradas inconstitucionais. Isso indica a adoção de uma postura corretiva ou aperfeiçoadora, que atenua o caráter contramajoritário das decisões procedentes e procedentes em parte do STF.

Esses e outros dados me permitem concluir de forma taxativa que o Supremo Tribunal Federal, longe de ameaçar a expressão da vontade majoritária e enfraquecer o Congresso Nacional, revalida aquela e impulsiona este, contribuindo, assim, a chamada judicialização para o fortalecimento da representação política e para o revigoreamento da democracia representativa no Brasil.

thamy@iesp.uerj.br

A articulista é professora do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ) e Pesquisadora Visitante do Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB).

O STF CONTRIBUI PARA O FORTALECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA