

MARIA LUCIANO

**ACCOUNTABILITY E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
CONSTRUINDO LENTES PARA A ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DO
JUDICIÁRIO NA INCIDÊNCIA EM POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Rafael Diniz Pucci

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

MARIA LUCIANO

**ACCOUNTABILITY E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
CONSTRUINDO LENTES PARA A ANÁLISE DA LEGITIMIDADE DO
JUDICIÁRIO NA INCIDÊNCIA EM POLÍTICAS PÚBLICAS**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Rafael Diniz Pucci

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob orientação do Prof. Doutor Rafael Diniz Pucci.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Luciano, Maria

Accountability e Estado Democrático de Direito:
construindo lentes para a análise da legitimidade do
Judiciário na incidência em políticas públicas ;
Maria Luciano ; orientador Rafael Diniz Pucci -- São
Paulo, 2020.

55

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,
2020.

1. judicialização da política. 2. representação
política. 3. políticas públicas. 4. legitimidade
democrática. 5. crise de representação. I. Pucci,
Rafael Diniz, orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: Maria Luciano

Título: Accountability e Estado Democrático de Direito: Construindo Lentes para a Análise da Legitimidade do Judiciário na Incidência em Políticas Públicas

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob orientação do Prof. Doutor Rafael Diniz Pucci.

Data de Aprovação: _____

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____.

Assinatura: _____

Prof(a).Dr(a). _____

Instituição: _____.

Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: _____.

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a meus pais, sem os quais nada teria sido possível.

Aos amigos, agradeço por todo o apoio e incentivo em seguir quando eu achava que não seria possível. Menciono alguns nomes correndo o risco de cometer a injustiça de esquecer de alguns: Alessandra Gomes, André Coletto, Bárbara Simão, Beatriz Kira, Daniel Murata, Ester Borges, Fernanda Gomes, Gabriel Maia, Heloisa Massaro, Jacqueline Abreu, Lucca Rett, Mariana Buzzo, Paula Pécora e Walter Cancelieri.

À Cinthia Vernus e Camila Villard pela acolhida e escuta em momentos difíceis.

Ao InternetLab, em especial Mariana Valente e Francisco Brito Cruz, pelas oportunidades e espaço de crescimento e aprendizagem.

Ao Bruno Ricardo Bioni, pela parceria e por toda a generosidade em ensinar.

Aos participantes da *Sixth Conference for Junior Researchers “Backwards and Forwards: Law in a Time of Crisis”*, em especial Alicia Pastor, pelos inputs e inspiração contagiantes.

Aos organizadores do grupo “Atores judiciais e decisões políticas” da ANPOCS, pela oportunidade de discutir as ideias, tão incompletas, que iniciaram essa pesquisa.

Às professoras Regina Vera Villas Bôas e Patrícia Nunes Lima Bianchi pelos comentários feitos por ocasião da minha banca de qualificação.

Por fim, ao professor Rafael Diniz Pucci, pela oportunidade de ingressar no programa de pós-graduação e me mostrar o tipo de pesquisadora que quero ser.

Obrigada por acreditarem em mim, inclusive quando eu mesma não o faça.

Àqueles que me ensinaram a amar (em memória).

“Se existe um núcleo normativo próprio da democracia, ele está antes no princípio de que a dinâmica institucional deve poder ser colocada em questão em todos os seus diferentes momentos, em seus diferentes desenhos, um questionamento que deve poder ser levado a seus limites tanto por demandas concretas dirigidas a este ou aquele órgão, como na dimensão mais abstrata do debate acadêmico, ou do questionamento judicial e da disputa legislativa” (NOBRE e RODRIGUEZ, 2011, p. 12).

RESUMO

LUCIANO, Maria. **Accountability e Estado Democrático de Direito: Construindo Lentes para a Análise da Legitimidade do Judiciário na Incidência em Políticas Públicas**. 2020. 55 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A pesquisa tem como objeto a legitimidade democrática de decisões judiciais acerca de políticas públicas. Buscando novas abordagens a essa discussão, realiza um esforço interdisciplinar ao propor uma aproximação entre o debate acerca da judicialização da política e aquele sobre representação política na teoria democrática contemporânea. Tem como hipótese a existência de ganhos analíticos e teóricos em se atualizar a noção de legitimidade democrática para além daquela conferida pelo voto eleitoral (binômio autorização – *accountability*). O argumento central é o de que a falta de legitimidade democrática dessas decisões não decorre do fato de juízes não serem eleitos, mas sim da ausência de desenhos institucionais que garantam essa legitimidade por outros elementos que não o voto eleitoral.

Palavras-chave: judicialização da política; políticas públicas; legitimidade democrática; representação política; crise da representação.

ABSTRACT

LUCIANO, Maria. **Accountability and Democratic State: Building Lens to Analyze the Judiciary's Legitimacy in Decisions on Public Policies**. 2020. 55 p. Dissertation (Master) – Department of Philosophy and General Theory of Law, Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The research has as its object the democratic legitimacy of judicial decisions concerning public policies. Seeking new approaches to this discussion, it makes an interdisciplinary effort by proposing an approximation between the debate on the judicialization of policies and that on political representation within contemporary democratic theory. It hypothesizes the existence of analytical and theoretical gains in updating the notion of democratic legitimacy beyond that conferred by the electoral vote. The argument is that the lack of democratic legitimacy of these decisions does not lie in the fact that judges are not elected, but rather in the absence of institutional designs that guarantee this legitimacy by elements other than electoral voting.

Keywords: judicialization of politics; public policies; democratic legitimacy; political representation; crisis of representation

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1. A “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” ENQUANTO CATEGORIA DE ANÁLISE	14
1.1. Diagnóstico das pesquisas no tema	14
1.2. O que é e o que provoca a judicialização da política?	19
1.3. Críticas à judicialização da política.....	23
1.4. Conclusão parcial.....	25
CAPÍTULO 2. REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: PARA ALÉM DO VOTO ELEITORAL	28
2.1. Crise de Representação?	28
2.2. Legitimidade democrática e governos representativos	31
2.3. Conclusão parcial.....	35
CAPÍTULO 3. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA EM DECISÕES JUDICIAIS: O PAPEL DO DIREITO NA CONSTRUÇÃO DE DESENHOS INSTITUCIONAIS LEGÍTIMOS.....	37
3.1. A judicialização da educação infantil na cidade de São Paulo	38
3.2. Conclusão parcial.....	46
CONCLUSÃO.....	47
BIBLIOGRAFIA	49

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Judiciário *status* de agente político. Esse novo cenário atraiu as atenções de pesquisadores da Ciência Política e do Direito, que realizaram suas análises por meio das categorias de “judicialização da política” e “ativismo judicial”, a elas atribuindo significados fluidos e até mesmo divergentes. Todavia, tais esforços, se não se utilizam de uma definição única do que seja a judicialização, parecem compartilhar da perspectiva da teoria democrática liberal como pressuposto, para a qual o princípio da separação de poderes é tão caro. E essa abordagem tem tido por consequência a adoção de uma visão maniqueísta desse fenômeno, a qual resume-se a endossá-lo ou criticá-lo.

Para além do pouco potencial teórico e analítico dessa abordagem para uma melhor compreensão da judicialização de políticas enquanto objeto de estudo do Direito, suas críticas merecem ainda uma atualização. Baseadas na ideia de que juízes, e instituições não majoritárias como um todo, não deteriam legitimidade democrática por não terem sido eleitos pelo povo, tais críticas parecem desconhecer ou ignorar os últimos desdobramentos das discussões sobre representação política que têm tomado a Ciência Política.

O surgimento do conceito de representação política está relacionado à soberania do poder político, definida pela perspectiva liberal-contratualista como a capacidade de agir com autoridade por meio da autorização. De modo semelhante ao paralelo soberania/liberdade individual que a representação política buscou responder, as eleições foram concebidas, pelo pensamento liberal, como a forma de governo que melhor responderia à conciliação entre esfera pública e esfera privada. Elas permitiriam o exercício da soberania individual e garantiriam um sistema de freios e contrapesos que preveniria a corrupção e o abuso de poder.

A histórica associação entre democracia e representação surgida daí tem sido refutada pela teoria democrática contemporânea, diante do surgimento de novas formas de representação política que se desenvolvem em domínios da política não-eleitoral e desafiam a noção tradicional de representação política associada a princípios como delegação, igualdade matemática e monopólio territorial. Essas experiências obtêm sua legitimidade

democrática em elementos outros que não o voto. E é nela que têm se fundado as discussões a respeito da legitimidade de decisões judiciais em políticas públicas.

A presente dissertação propõe uma aproximação entre esses dois debates – acerca da judicialização da política e representação política – tendo como hipótese a existência de ganhos analíticos e teóricos em se atualizar a noção de legitimidade democrática das decisões judiciais sobre políticas públicas.¹ O argumento central é o de que a falta de legitimidade democrática dessas decisões não decorre do fato de juízes não serem eleitos, mas sim da ausência de desenhos institucionais que garantam essa legitimidade por outros elementos que não o voto eleitoral.

A interdisciplinaridade proposta e defendida neste trabalho decorre da ideia de que a sociologia jurídica seria uma alternativa ao isolamento do direito em relação a outras ciências humanas, bem como à confusão entre prática profissional e pesquisa acadêmica características do campo (NOBRE, 2005, p. 04). Afinal, a despeito da frequente identificação da sociologia jurídica como disciplina descritiva, com foco na eficácia do direito (e não na sua validade como as demais disciplinas), a constituição do campo decorreu de incômodos críticos, da percepção de que a constituição do saber jurídico deixava de atentar para os conflitos que se produzem no direito (FARIA, 1988).

Para além da desafiadora tarefa de adentrar um novo campo – engajando com novos autores –, propõe-se pensar sobre a organização institucional do poder Judiciário, concebendo o direito como instrumento de imaginação institucional (UNGER, 1996). A coordenação e a atribuição de responsabilidades, mandatos ou competências aos atores políticos é feita por arranjos institucionais, que viabilizam a articulação entre os atores direta e indiretamente ligados às políticas públicas (COUTINHO, 2016). Com a juridificação de direitos sociais na CF/88, cabe realizar esse exercício a respeito do Judiciário, desde então inserido na arena política.

Esta dissertação é composta por três capítulos, além desta introdução e de uma conclusão. No primeiro deles, mapearemos as definições desenvolvidas, abordagens

¹ Visando evitar confusões sobre a proposta do presente trabalho, esclarecemos que é esse aspecto do fenômeno maior de judicialização da política que interessa a esta pesquisa, a revisão judicial de atos ou omissões do Poder Executivo no desenvolvimento de políticas sociais.

metodológicas adotadas e condicionantes apontas a respeito da judicialização da política. A despeito dos usos múltiplos da expressão, das limitações das metodologias comumente empregadas e da falta de diálogo entre os autores, as pesquisas nesse tema parecem tangenciar o diagnóstico de crise de representação política das instituições majoritárias, em alta na Ciência Política. Todavia, elas não respondem em que se fundamentaria a atuação dos tribunais enquanto alternativa, i. e. sua legitimidade democrática enquanto instituição não-majoritária.

No segundo capítulo, apresentaremos o debate acerca do conceito de representação política que tem tomado a Ciência Política nas últimas décadas. Inicialmente atrelado à soberania do poder político, i. e. a capacidade de agir com autoridade por meio da autorização, esse conceito foi associado de maneira necessária às eleições pela teoria democrática liberal. O voto seria o ato por meio do qual a autorização dos representados seria dada ao representante, bem como aqueles realizariam a *accountability* das ações políticas deste. Constituiria, assim, a legitimidade democrática da relação de representação. Todavia, a teoria democrática contemporânea tem questionado essa associação direta entre representação e eleições, que não contempla diversas experiências, significados e contextos da atividade representativa que estão fora do contexto eleitoral. Esses novos desdobramentos do debate têm como pano de fundo a crise de representação política que tem acometido as instituições majoritárias. Nesse sentido, questiona-se o binômio autorização – *accountability* como condição suficiente para tornar uma relação representativa democrática.

Finalmente, no terceiro e último capítulo discutiremos as possíveis contribuições do direito à configuração democrática de relações representativas, notadamente enquanto instrumento de imaginação institucional e ferramenta de construção de arranjos institucionais.

Isto posto, passemos ao primeiro capítulo.

CAPÍTULO 1. A “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” ENQUANTO CATEGORIA DE ANÁLISE

Neste capítulo pretendemos apresentar o estado da arte da discussão sobre a judicialização da política. Inicialmente, apresentaremos um diagnóstico geral das pesquisas sobre esse tema, que indicam usos diversos e até mesmo divergentes de tal expressão. A partir dos resultados encontrados, passaremos então a analisar alguns dos principais autores do tema. Essa análise dar-se-á com foco em dois pontos da discussão, o significado e as condições para a existência desse fenômeno. Por fim, mapearemos as críticas que têm sido tecidas à judicialização, buscando relacioná-las a tais condições.

Acreditamos que esses elementos de análise poderão nos dar pistas a respeito dos avanços e limitações dos estudos a respeito do objeto desta pesquisa, qual seja a legitimidade democrática em decisões judiciais acerca de políticas públicas.

1.1. Diagnóstico das pesquisas no tema

As pesquisas sobre Poder Judiciário e decisões judiciais têm privilegiado a “judicialização da política” como categoria analítica. Esse termo foi cunhado por Tate e Vallinder e, desde a publicação do livro “The global expansion of Judicial Power” (1995), tem se tornado bastante frequente nas pesquisas sobre o Poder Judiciário.²

No artigo “Judicialization and the future of politics and policy”, que compõe a obra, os dois autores analisaram, de forma comparada, a atuação do Judiciário nos Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, Canadá, Itália, França, Alemanha, Suécia, Holanda, Malta, Israel, ex-URSS, Filipinas e Namíbia. Como resultado, os autores estabeleceram “judicialização da política” como fenômeno que abarca (i) a transferência dos direitos de tomada de decisão da arena administrativa (Poder Executivo) ou política (Poder Legislativo) para a arena judicial (Poder Judiciário) – “judicialization from without”; e (ii) a propagação de métodos típicos

² NUNES JUNIOR, 2014, p. 18: “A expressão ‘judicialização da política’ foi utilizada pela primeira vez em um seminário realizado na Itália, em 1992, no Centro de Estudos do Poder Judiciário da Bolonha, a partir da apresentação de vários *papers* sobre o tema. A publicação desses estudos se deu sob a organização de Torbjörn Vallinder, em 1994, por meio do artigo intitulado ‘A judicialização da política: um fenômeno mundial’, que foi publicado na Revista Internacional de Ciência Política. Em 1995, com a publicação da obra ‘The global expansion of Judicial Power’, de Neal Tate e Torbjörn Vallinder, o termo ‘judicialização’ entrou definitivamente para a literatura especializada”.

da decisão judicial para a arena política³, i. e. para os procedimentos administrativo e legislativo – “judicialization from within”. Por sua vez, a “politização da justiça”, enquanto expressão correlata, coloca como condição para a expansão das cortes o destaque dos valores e preferências políticas dos magistrados em decisões judiciais.

Tal pesquisa comparada permitiu a Tate (1995) apontar as condições que julgou serem necessárias, suficientes e facilitadoras para a configuração do fenômeno da judicialização.⁴

Como condição necessária o autor identificou a institucionalização de uma ordem democrática, relacionando-a à existência de juízes independentes no processo decisório e à deferência a suas decisões – um cenário que não seria possível em governos autoritários.

Como condição suficiente, estaria a iniciativa dos juízes em participar de processos de tomada de decisão ou em substituir, com decisões sobre políticas, aquelas que derivam de outras instituições.

Por conseguinte, como condições facilitadoras estariam a separação de poderes, promovendo a independência do Judiciário; a existência de uma lista de direitos formalizados, facilitando a judicialização e a proteção jurídica de minorias; a universalização do acesso ao sistema de justiça; o uso das cortes por grupos de interesse ou de oposição ao governo, visando barrar as iniciativas da maioria; a inefetividade das instituições majoritárias, caracterizada pela insuficiência das políticas decididas na arena política e pela inabilidade dos partidos políticos governarem com a maioria do parlamento, gerando uma crise de governabilidade que paralisa o processo decisório; e a delegação das instituições políticas, que transfeririam o custo político de decisões polêmicas ao Judiciário. A judicialização da política tornar-se-ia, dessa forma, um fenômeno cada vez mais frequente

³ Os autores apontam os seguintes elementos característicos a cada uma das arenas. No âmbito do Judiciário: (i) presença de duas partes e um juiz; (ii) sopesamento dos argumentos realizado de maneira pública; (iii) decisão tomada por um juiz imparcial; (iv) sentenças com efeitos apenas entre as partes; (v) análise dos fatos e da regra aplicável, única solução correta. Na arena política: (i) presença de várias partes; (ii) negociações a portas fechadas; (iii) regra da maioria; (iv) elaboração de normas gerais, como as que instituem políticas públicas; (v) alocação de recursos a partir da solução política escolhida.

⁴ Para a aplicação desse quadro analítico ao cenário brasileiro, ver Verbicaro (2008, p. 390), que aponta algumas condições como facilitadoras do processo de judicialização da política ocorrido no Brasil, dentre as quais, destacam-se especialmente: (i) a promulgação da Constituição de 1988; (ii) a universalização do acesso à justiça; (iii) a existência de uma Constituição com textura aberta; (iv) a decodificação do direito, a crise do formalismo e do positivismo jurídico; (v) a ampliação do espaço reservado ao STF; (vi) a hipertrofia legislativa; e (vii) a crise do Parlamento brasileiro.

diante dessas condições, que permitiriam aos magistrados promoverem suas preferências políticas em detrimento dos representantes eleitos nas instituições majoritárias.

A disseminação⁵ da expressão, contudo, não se deu de maneira metodologicamente rigorosa. Ao ganhar o debate público, multiplicaram-se seus usos e sentidos, às vezes até contraditórios (MACIEL e KOERNER, 2002). A concepção original do termo, marcada por uma concepção formal das atribuições e relações dos poderes, foi incorporada no debate público brasileiro com um forte sentido normativo, provocando a proliferação dos seus sentidos, e tendo sido tomado “como ponto de partida para análises cujas perspectivas são bastante divergentes” (ibidem, p. 129). Exemplos dessa fluidez podem ser observados comparando-se a utilização desse termo “para se referir a questões muito distintas, como o poder de investigação criminal dos juízes italianos no processo das mãos limpas, a expansão da jurisdição administrativa na Inglaterra, as reformas do sistema judicial na Suécia, os conflitos sobre direitos na América Latina, a adoção de modelos de democracia constitucional nos países pós-comunistas da Europa orientais etc” (KOERNER, INATOMI e BARATTO, 2011, p. 49).

Apesar de todos esses problemas teórico-conceituais e de seus diferentes cenários de aplicação, “a agenda da judicialização da política está circunscrita ao problema da legitimidade formal do poder governamental, dos possíveis efeitos da ampliação do poder judicial sobre a relação entre os poderes e da tensão potencial entre princípios típico-ideais de legitimidade decisória dos sistemas democráticos, o majoritário e o judicial” (MACIEL, 2011, p. 99). Contudo, essa circunscrição não tem sido acompanhada de um efetivo diálogo entre os autores e de uma produção acadêmica continuada no tema.⁶

No plano teórico, por sua vez, a expressão parece não dar conta das especificidades dos contextos aos quais é aplicada. Nobre e Rodriguez (2011) argumentam que “só faz sentido falar em ‘judicialização da política’ ou em ‘ativismo judicial’ tendo por padrão uma

⁵ No Brasil, o estudo de Tate e Vallinder foi introduzido por Castro (1997) e Teixeira (1997).

⁶ Esse diagnóstico é endossado por Duarte et al (s/d) por meio do emprego de métodos de bibliometria em 77 *papers* publicados em revistas brasileiras de Ciências Sociais: “Esse resultado é alarmante, pois indica que há pouco diálogo entre a literatura e pouco investimento em uma produção continuada, que teste hipóteses e argumentos comuns e, assim, promova o avanço do conhecimento no campo. Tal fato demonstra que a ausência de um volume maior de referências à produção internacional não está associada à crescente autonomia do campo no Brasil, mas sim a uma tendência de isolamento dos autores. Os esforços no campo devem agora caminhar no sentido contrário, buscando a interlocução e complementariedade, para que a produção da área possa evoluir como um empreendimento coletivo da Ciência Política brasileira”.

teoria normativa da política que se apoia em uma concepção bastante particular de separação de poderes em um Estado de direito” (*ibidem*, p. 09). Assim, por não aderir à realidade, tratar-se-ia de “uma visão normativista do direito que naturaliza sua gramática institucional e não abre espaço para a transformação do código do direito, tanto do ponto de vista de sua capacidade explicativa como de seu enraizamento na realidade social contemporânea” (*idem*). Ela seria, portanto, “teoricamente inválida, porque apresenta deslizamentos conceituais, ao simplificar as relações entre os tribunais e a política, revelando uma concepção estreita de jurisdição e do direito; ela representa uma abordagem parcial e enviesada sobre as transformações dos Estados contemporâneos” (KOERNER, INATOMI e BARATTO, 2011, p. 49).

Essa avaliação acerca da existência de pressupostos normativos que permeiam as análises sobre judicialização também tem sido realizada em termos de contraposição entre os sistemas jurídicos da *Civil Law* e da *Common Law*. Neste último, o ativismo judicial e a judicialização seriam a prática tradicional, sendo o Judiciário ator importante no processo de criação do direito (por meio dos precedentes), como guardião dos direitos fundamentais e enquanto ator consciente das implicações ético-morais de suas funções (VERBICARO, 2008; FARIA, 2003). Nos países da *Civil Law*, por sua vez, é marcante a existência de uma tradição formalista da ciência jurídica, na qual o papel do juiz é concebido de maneira mais restrita, tido como burocrata estatal que realiza a aplicação mecânica de normas abstratas, gerais e impessoais a casos concretos.⁷

Análise similar tem sido feita a respeito da tradição constitucionalista do Brasil. Afinal, os processos de independência dos países da América-Latina deram continuidade às tradições constitucionais clássicas estabelecidas na América do Norte e na Europa, mas seu enraizamento contribuiu para resultados diversos: ainda que não tenham subvertido os princípios do liberalismo e da separação de poderes, observou-se algumas rupturas constitucionais. Na segunda metade do século XIX, desenvolveu-se um constitucionalismo de “fusão”, no qual o pacto liberal-conservador se estendeu à organização do poder e um olhar restritivo sobre direitos políticos. Foi apenas um século mais tarde que os direitos

⁷ Todavia, estaria em curso uma tendência de convergência entre esses dois sistemas, associada (i) ao crescimento do caráter legislado do direito anglo-saxão; (ii) à reformulação da teoria da separação dos poderes; (iii) à aproximação do modelo de *checks-and-balances* dos federalistas americanos, que concebem os juízes como guardiões dos direitos fundamentais e não simples operadores das leis, i. e. uma ampliação das funções judiciais e do papel criativo do juiz no direito romano-germânico (CAPPELLETTI, 1999).

sociais assumiram centralidade na agenda política, sendo esta anexada à velha matriz liberal-conservadora, “produzindo Constituições mais atentas aos direitos sociais, embora conservadoras e centralizadoras no que concerne à organização do poder” (AVRITZER e MAROA, 2014, p. 78). Posteriormente, a herança do cenário ditatorial recente que assolou a região incitaria a reflexão crítica a respeito da concentração de poder no Executivo, ao passo que a crise neoliberal faria o mesmo a respeito das responsabilidades econômicas do Estado.

Em termos metodológicos, ela é tocada por estudos que se dedicam à “demonstração de sua ocorrência ou não da judicialização da política por meio de levantamentos estatísticos das demandas judiciais e/ou do comportamento decisório dos tribunais (...), ou ainda por meio de estudos de caso sobre a atuação institucional de agentes judiciais, especialmente promotores e procuradores de Justiça, em variadas áreas das políticas públicas” (MACIEL, 2011, p. 99). O foco da literatura em analisar a atuação das oposições por meio de ADIs seria compreensível pois “os maiores interessados em ‘transferir’ decisões normativas para o Judiciário, em especial para o STF [Supremo Tribunal Federal], seriam os perdedores nas instituições majoritárias (Executivo e Legislativo). Assim, as ADIs seriam indicadores válidos e confiáveis do recurso ao STF como ator de veto” (WERNECK ARGUELHES e MOLHANO RIBEIRO, 2019, p. 07). Essa explicação, contudo, não parece dar conta das múltiplas formas pelas quais o STF pode e tem atuado como ator político no regime estabelecido pós-1988.⁸

Diante desse diagnóstico geral de inconsistências teóricas e metodológicas no emprego da expressão “judicialização da política”, faz-se necessário analisar separadamente alguns dos seus principais usos. Tendo em vista o objeto da presente dissertação, essa análise

⁸ Também nesse sentido CARVALHO (2004, p. 221): “No caso brasileiro, a importância do caráter substantivo – ou seja, o comportamento judicial e sua contextualização histórica e política – foi deixada à margem. Por outro lado, a análise procedimental apropriou-se de um cabedal teórico que explica a judicialização no Brasil por meio do aumento expressivo das ações judiciais, entendendo essa explosão processual como uma forma de participação da sociedade civil. O sustentáculo básico dessa afirmação são os dados empíricos coletados. No entanto, tais dados confirmam que a taxa de julgamento do mérito das ADINs no período de 1988 a 1998 (WERNECK VIANNA, 1999, p. 120) foi de 13,54% do total das 1.935 ADINs. Ainda sobre esse total, temos 54,36% aguardando julgamento. Portanto, se for necessário levar em consideração a vontade do operador do Direito em participar do policy-making, o percentual de ADINs julgadas em seu mérito não parece ser um argumento persuasivo no diagnóstico da judicialização da política no Brasil”. Vianna et al. (1999, p. 47), por sua vez, justificam as ADIs como objeto de estudo “por ser o instrumento inovador através do qual o legislador constituinte confiou ao Supremo Tribunal Federal (STF) o controle abstrato de constitucionalidade das leis, mediante a provocação da chamada comunidade de intérpretes da Constituição”.

será realizada a seguir com foco em duas perguntas: (i) o que é judicialização da política? e (ii) quais seriam as condições para a ocorrência desse fenômeno?

1.2. O que é e o que provoca a judicialização da política?

Introduzindo a expressão no debate nacional, Castro (1997) identifica a judicialização da política nas situações em que os tribunais são chamados a se pronunciar diante de uma atuação falha, insuficiente ou insatisfatória do Legislativo e do Executivo. Assim, tornar-se-ia difícil distinguir um “direito” do “interesse público” (*ibidem*, p. 148).

Esse “vácuo” das instituições majoritárias também parece ser o pano de fundo de Ferejohn (2002). Esse autor concebe duas hipóteses para a ocorrência da judicialização da política, a “hipótese da fragmentação” e a “hipótese dos direitos”. A primeira atribui a expansão da atuação das cortes a um cenário de “fragmentação do poder dentro das instituições políticas”, as quais perdem parte da sua capacidade de legislar ou formular políticas públicas de modo a levar a resolução de conflitos para fóruns onde eles de fato possam ser resolvidos. A segunda hipótese, por sua vez, entende a atuação judicial como mecanismo de proteção de direitos e valores contra corrupção e abusos políticos, cuja atuação tem sido mais aceita depois de a nova ordem constitucional atribuir-lhe essa tarefa. Ambas as hipóteses parecem se relacionar com o diagnóstico de crise de representação política, melhor abordado no segundo capítulo desta dissertação, e indicar uma legitimidade fundada na possibilidade de (melhor) representação e atendimento de demandas por direitos dentro das cortes.

Em linha semelhante, Ibañez (2003) atribui a maior atuação do Judiciário à existência de vazios institucionais deixados pelo Executivo e Legislativo. Esse cenário teria sido impulsionado pelas mudanças dos paradigmas das escolas jurídicas em face da crise do positivismo jurídico, pela delegação ou pela omissão do Executivo e do Legislativo, pelo aperfeiçoamento dos órgãos judiciais, pela crescente pressão da sociedade civil por mais justiça e pela constitucionalização dos direitos fundamentais.

Trabalhando de maneira direta a noção de representação, Alexy (2007) associa a expansão da atuação do Judiciário à existência de uma jurisdição constitucional detentora da

última palavra e voltada a proteger direitos de abusos por parte dos representantes eleitos. Nesse cenário, enquanto atores políticos, os tribunais afastariam o debate democrático das vias tradicionais e constituiriam novos espaços de representação. Para ele, como alternativa ao déficit deliberativo da representação parlamentar, haveria também uma “representação argumentativa” exercida por cortes constitucionais. Tal modalidade de representação pressupõe a democracia deliberativa como condição à racionalidade discursiva. Para além das disputas e barganhas, esse processo deliberativo contaria também com argumentos, trazidos por diversos atores na busca pelas melhores soluções políticas. Desse modo, a legitimidade da representação argumentativa seria a argumentação jurídica e a participação da sociedade civil, através de arranjos como audiências públicas e *amicus curiae*. Apesar de avançar em termos propositivos na discussão acerca da legitimidade democrática do Judiciário, Alexy indica uma concepção essencialmente racionalista dos processos deliberativos,⁹ passando ao largo das interações estratégicas dos atores políticos e sociais, realizadas a partir de cálculos políticos definidos por determinada conjuntura. Pressupõe também a existência de uma única argumentação jurídica “possível” ou “correta”, algo que se distancia das disputas normativas que têm sido travadas acerca das normas programáticas que instituem direitos sociais e compõem as políticas públicas.¹⁰

Hirschl (2006) introduz ao seu conceito de judicialização um novo elemento, por ele designado por política pura ou mega política. Buscando sistematizar o debate, por considerá-la uma expressão “guarda-chuva”, argumenta que a judicialização da política abriga três processos interrelacionados: (i) a disseminação das práticas e linguagens jurídicas para a esfera pública e arena política; (ii) a revisão pelo Judiciário de decisões tomadas pela administração; e (iii) a transferência para os cortes de decisões essencialmente políticas (“mega” ou “pure” *politics*), que (re)definem regimes (*polities*) inteiros - a exemplo da judicialização de processos eleitorais e do escrutínio judicial das prerrogativas do Executivo acerca de segurança pública e planos macroeconômicos.

⁹ Ademais, ainda que a teoria deliberativa aposte na qualidade discursiva e na formação autônoma das preferências, ela falha em explicar por que aqueles que não participam do processo deliberativo deveriam considerá-lo legítimo (Parkinson, 2003).

¹⁰ Também recai em problema parecido Cappelletti (1999, p. 99), argumentando que a apreciação jurídica da norma se dá em sentenças públicas e devidamente fundamentadas, impossibilitando decisões arbitrárias e permitindo a *accountability*, pelo público, dos trabalhos dos tribunais – sem, contudo, explicar por quais mecanismos esse controle se daria.

Outra linha de conceituação do fenômeno foca na mobilização das cortes enquanto arenas de veto (TAYLOR, 2007), elemento já presente na definição de Hirschl. Trata-se do seu uso para “retardar, impedir, desmerecer ou declarar a oposição a determinadas leis” (TAYLOR e DA ROS, 2008, p. 848). Nesse sentido, Santos (2003) identifica a judicialização da política sempre que os tribunais “afetam as condições da ação política” utilizando-se do custo político de decisões judiciais. Duas seriam as principais situações para tal: (i) quando membros da classe política são investigados ou julgados por atividades criminosas; e (ii) quando atores políticos, valendo-se da comunicação social, levam para os tribunais suas disputas políticas, esperando que a exposição negativa do adversário perante a opinião pública.

Também Arantes (2006), referindo-se especificamente à existência de um controle de constitucionalidade difuso, vê a possibilidade de “minorias políticas”¹¹ exercitarem seu poder de veto contra decisões políticas majoritárias. Arantes (2002) utiliza a ideia de judicialização da política para referir-se ao ativismo voluntarista do Ministério Público e suas implicações negativas seja para a integridade das funções políticas das instituições representativas, ou ainda, para a própria manutenção da independência funcional da instituição. Dentre as condições que tornariam o Brasil um importante exemplo de judicialização da política, o autor cita “a democracia restabelecida nos anos 80, seguida de uma Constituição pródiga em direitos em 1988, com um número cada vez maior de grupos de interesses organizados demandando solução de conflitos coletivos, contrastando com um sistema político pouco majoritário, de coalizões e partidos frágeis para sustentar o governo, enquanto os de oposição utilizam o Judiciário para contê-lo” (ARANTES, 2007, p. 107).

Igualmente, Vianna (1999) tomou o termo para descrever as transformações constitucionais após 1988, que permitiram o maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de proteção judicial, e que teriam sido descobertas por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais. Esse autor trata o fenômeno como procedimentalização do direito e da ampliação dos instrumentos judiciais como mais uma arena pública a propiciar a formação da opinião e o acesso do cidadão à agenda das instituições políticas. Ele relaciona o uso da expressão no debate

¹¹ Arantes emprega essa expressão de maneira diversa e descolada daquela utilizada nas discussões sobre representatividade e política da presença (YOUNG, 2000).

público ao controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Executivo pelos tribunais por provocação da sociedade, aqui compreendidas também as bancadas de representação minoritária no Congresso. Esse cenário é caracterizado pelo autor como “uma efetiva mutação institucional republicana”, visto que afeta as relações entre Poderes e o império da vontade da maioria (VIANNA, 2013). Essa anomalia seria parte de um movimento que alterou a relação entre direito e política. Vianna et al. (1999) diferencia a judicialização da política da judicialização das relações sociais, i. e. a institucionalização do direito na vida brasileira, invadindo espaços antes inacessíveis como esferas do setor privado. Para esses autores, o Direito do Trabalho teria tido importância fundamental para judicializar as relações sociais no país ao conceber o tema da justiça social como “um feito a ser regulado pelo Poder Judiciário, de cuja intervenção dependeria uma convivência harmoniosa dos interesses divergentes” (*ibidem*, p. 17).

Por fim, vale mencionar outro elemento trazido por Taylor e Da Ros (2007). À discussão dos tribunais como arenas de veto, esses autores acrescentam a hipótese em que esse uso é feito pelo próprio governo, em busca de apoio à implementação de suas políticas. Desse modo, em sistematização voltada à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade no STF, identificaram três formas de judicialização da política nesse contexto específico: (i) atuação de partidos de oposição, em busca de ponto de veto ou como discurso público de oposição; (ii) mediação de conflitos por categorias profissionais e empresariais; e (iii) busca por apoio para a implementação de políticas públicas do governo.

É preciso ter em mente os diferentes contextos políticos e sociais que os autores supracitados buscaram endereçar. Vallinder e Tate direcionam suas análises aos países desenvolvidos, especialmente os Estados Unidos. Santos, nos países em desenvolvimento e nos subdesenvolvidos. Ibañez, Hirschl e Alexy, por sua vez, se detém à realidade europeia. Contudo, alguns pressupostos parecem ser compartilhados por esses autores.

A despeito dos diferentes significados e condições de existência atribuídos à judicialização, os autores apresentados parecem ter como pano de fundo o diagnóstico da crise de representação política, indicado através da ineficiência ou mesmo inexistência de atuação por parte do Executivo e do Legislativo, bem como da busca por espaços de representatividade de minorias políticas e categorias profissionais. É diante dessa constatação que, no capítulo 2, empregaremos o esforço de mapear como essas questões têm sido endereçadas pela Ciência Política.

Por ora, passemos à revisão dos problemas apontados acerca da justiciabilidade de direitos sociais. Esse esforço tem por objetivo identificar as relações entre as críticas à judicialização da política e as condições apontadas como causadoras do fenômeno, notadamente a crise da representação.

1.3. Críticas à judicialização da política

Apresentaremos a seguir, de maneira bastante sucinta, as principais críticas a respeito da judicialização da política e da justiciabilidade de direitos sociais. Esse exercício permitirá compreender melhor os avanços e as limitações dessa agenda de pesquisa, bem como testar nossa hipótese, qual seja os ganhos analíticos e teóricos para o tema com a aproximação dessa agenda àquela da representação política. Vale ressaltar, todavia, que mesmo dentre os autores que são favoráveis a intervenção do Judiciário em temas de política pública, o argumento principal repousa, de uma maneira geral, na eficácia plena dos próprios direitos sociais, de modo que estes devem ser garantidos por qualquer instituição a qualquer custo (MICHELMAN, 2007 *apud* CORREA, 2014). Desse modo, não prosperaria a crítica a respeito da necessidade de alocação de recursos e custos dos direitos sociais, pois a garantia de direitos civis e políticos também ensejaria esses encargos (ABRAMOVICH, 2005).

A primeira crítica geral acerca da judicialização de direitos sociais defende que não se tratariam de direitos propriamente ditos, visto que à sua violação não estaria relacionada nenhum tipo de sanção. As respostas a tais críticas à juridicidade e exigibilidade dos direitos sociais têm argumentado, em geral, que seu pressuposto, qual seja o positivismo kelsinano, utilizada métodos de interpretação próprios do direito privado, então, portanto, inadequado às discussões acerca dos direitos sociais, de natureza coletiva. Alguns autores indicam ainda que tais métodos desconsideram o conteúdo substantivo da Constituição, estabelecido enquanto projeto de Estado (MARINHO, 2009, p. 24).

A segunda crítica fundamenta-se no caráter genérico e indeterminado das normas que estabelecem esses direitos (*ibidem*, p. 23). Nesse sentido, não restaria claro a quais obrigações o Estado estaria sujeito – e sob as quais seria mantido *accountable* – até o momento de sua devida regulamentação. Essa linha argumentativa é rebatida pela adoção de uma tipologia que considera tais normas como de eficácia limitada. É dizer, seu conteúdo e extensão, e por conseguinte a exigibilidade dos direitos que constituem, dependem de sua

regulamentação infraconstitucional. A execução de políticas públicas implementadas pelo Executivo seria, assim, exigível judicialmente.

A terceira crítica, conhecida como a “reserva do possível”, fundamenta-se no caráter prestacional desses direitos, argumentando que sua implementação demanda gestão de recursos públicos, cuja execução caberia ao Executivo, legitimado pelo voto eleitoral (BARROSO, 2000). Tal crítica é endereçada com base no princípio da dignidade humana e mínimo existencial para uma existência digna. Esse princípio, contudo, é amplamente disputado e essencialmente argumentativo.

Ademais, vêm tomando corpo as críticas à capacidade institucional do Judiciário, i. e. suas limitações institucionais, enquanto instituição concebida para lidar com conflitos bilaterais acerca de direitos individuais, para lidar com os conflitos distributivos plurilaterais de efeitos coletivos. Diante de tais limitações, sua atuação nessas situações reforçaria uma dinâmica de exclusão (daqueles que não acessaram ou não puderam acessar o Judiciário) e desigualdade (MARINHO, 2009; LOPES, 2006). Ademais, faltaria aos juízes também a expertise técnica para incidir em políticas públicas (WANG, 2009, p. 11).

Finalmente, a crítica mais difundida trata da suposta falta de legitimidade democrática dos juízes para alocar recursos escassos, visto que não foram eleitos (autorizados) nem estão sob a *accountability* do voto eleitoral – e da discricionariedade atribuída ao Executivo para fazê-lo. Ao ater-se a uma concepção liberal de separação de poderes, essa crítica não apenas parece ignorar ou desconhecer os desdobramentos teóricos da teoria democrática contemporânea a respeito da representação política, como também as evidências empíricas do surgimento de novas dinâmicas representativas que operam fora do binômio autorização – *accountability* (WANG, 2009; MARINHO, 2009).

Alguns autores já têm indicado a necessidade de uma flexibilização do princípio da separação de poderes. Salles (2003), por exemplo, argumenta pela “coordenação entre poderes autônomos do Estado” e por uma interpretação flexível do princípio, enfatizando, contudo, o Executivo e o Legislativo como os principais foros de discussão política.

Nesse mesmo sentido, Veríssimo (2006) defende que esse princípio só se mostra útil enquanto categoria normativa se encarado em uma “dimensão orgânico-funcional”, “se compreendido como regra de moderação, racionalização e limitação do poder” (*ibidem*, p.

379). Para esse autor, a pretensa objetividade e segurança obtidas com a não apreciação de atos administrativos pelo Judiciário não se sustentam mais, diante das tendências de ampliação do conceito da legalidade e regulamentação jurídica que agora se voltam a preocupações substanciais (*ibidem*, p. 408).

Di Pietro (2007) e Gouvêa (2005), por sua vez, alinham-se a essa corrente ao argumentarem que o Judiciário estaria autorizado a extrapolar sua função tradicional, i. e. para além da análise formal da lei, pelos princípios como a moralidade pública e a supremacia do interesse público com vistas a resguardar os valores e garantir os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Esses últimos desdobramentos a respeito da apreciação de atos administrativos estruturantes de políticas públicas pelo Judiciário esforçam-se em um exercício argumentativo visando permitir a atuação dos tribunais na garantia de direitos fundamentais. Todavia, tais esforços, mascarados em regras de conduta e amparados em princípios constitucionais, não endereçam a questão da legitimidade desse tipo de atuação judicial. Eles conferem aos magistrados a discricionariedade não só de decidir pela apreciação ou não desse tipo de demanda – diante dos critérios abstratos que estabelecem –, como de alocar recursos e definir preferências políticas sem levar em consideração as questões distributivas, coletivas e representativas de suas decisões – preocupações que permeiam todas as críticas à judicialização.

1.4. Conclusão parcial

Neste capítulo inicial da dissertação buscamos apresentar um panorama o mais completo possível das pesquisas e discussões a respeito da judicialização da política. Fazê-lo nos permitiu identificar alguns pontos que demandam avanços, bem como nos forneceu pistas de por onde, ao menos, começar a endereçá-los.

O levantamento das principais pesquisas acerca da judicialização apontou a falta de uniformidade nos usos das expressões e dos fenômenos que ela abrangeria. Esse resultado relaciona-se ao diagnóstico de insulamento e falta de diálogo entre os autores, de modo a permitir o avanço desse debate. Substancial e resumidamente, percebemos como dois objetos de estudo dessa agenda: (i) a provocação das cortes visando a proteção de direitos fundamentais constitucionais e a análise da constitucionalidade das leis; e (ii) o uso do

Judiciário como arena de veto visando barrar ou esvaziar propostas de adversários políticos, bem como criar ou moldar narrativas dentro do discurso público.

Metodologicamente, dois pontos chamam a atenção. O primeiro deles é a adoção majoritária do STF e das ADIs como objetos de pesquisa empírica no assunto. Se por um lado essa escolha desconsidera outras formas de atuação política do STF, especialmente a partir da CF/88; de outro lado, ela deixa de fora a atuação de outras instâncias do Judiciário, tendo o vista o controle de constitucionalidade difuso adotado pelo sistema jurídico pátrio. A esse respeito, inclusive, vale atentar para as competências federativas em matéria de políticas públicas e das instâncias inferiores enquanto primeiro acesso dos cidadãos em geral com o Judiciário.¹²

O segundo caráter metodológico importante encontrado é o caráter normativo com que a judicialização da política tem sido adotada. Essa abordagem tem como pressuposto uma noção liberal do princípio da separação de poderes e de sistema de *check-and-balances*. Isso também parece explicar o pouco avanço nas discussões a respeito da legitimidade democrática dessa atuação judicial. A crítica do seu déficit de legitimidade funda-se no binômio autorização – *accountability* estabelecido pela teoria democrática liberal, e no protagonismo do voto eleitoral como único e suficiente mecanismo capaz de garantir a legitimidade de um governo representativo, defendido pela corrente liberal-contratualista. Nesse cenário de correspondência direta entre representação e democracia, a judicialização seria uma mutação, uma anomalia.

Posteriormente, apresentamos alguns dos principais usos da expressão, buscando, assim, apreender quais têm sido as condições atribuídas à ocorrência do avanço da atividade dos tribunais. Para além da juridificação de direitos, o diagnóstico de uma crise de representação que acomete as instituições políticas majoritárias, nomeadamente o Executivo e o Legislativo, tem permeado toda a discussão, nos mais diversos trabalhos.

É a partir da constatação desses problemas de representação política e legitimidade democrática no estado da arte do debate que se pretende uma aproximação interdisciplinar

¹² Nesse sentido, “por atuarem de modo mais próximo da sociedade, foram alguns juízes de primeira instância os que melhor perceberam a importância dessa reflexão. Foram eles os que mais cedo compreenderam como o formalismo normativista, permitindo o uso acrítico de jargões muitas vezes imprecisos e de um extenso repertório de citações latinas, torna certos segmentos da sociedade perplexos diante das atividades judiciais. No cotidiano dos escalões inferiores da Justiça, são os magistrados lotados no interior e nas periferias das regiões metropolitanas os que sofrem o choque mais direto das contradições entre o sistema jurídico-positivo e as condições reais da sociedade” (FARIA, 2010).

com a teoria democrática contemporânea. Se por um lado, o Direito pode encontrar respostas às limitações teóricas e analíticas que ainda não conseguiu endereçar; por outro lado, esse debate da Ciência Política precisa do direito enquanto ferramenta para construir arranjos jurídicos que garantam instâncias de representação política, de fato, democráticas.

À representação política!

CAPÍTULO 2. REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: PARA ALÉM DO VOTO ELEITORAL

Neste segundo capítulo, pretendemos apresentar os últimos desdobramentos das discussões a respeito da representação política na teoria democrática contemporânea. Com isso, buscaremos investigar se essas discussões podem oferecer ou apontar respostas às questões que a agenda da judicialização da política ainda busca responder.

O diálogo interdisciplinar é desafiador, trabalhoso e requer humildade para se adentrar um novo campo, mas mostra-se necessário diante da complexidade dos cenários político e social contemporâneo.

2.1. Crise de Representação?

As crescentes abstenções eleitorais, o declínio da credibilidade dos partidos políticos, os escândalos de corrupção, a falta de transparência dos mandatos eleitos, a distância entre eleitores e eleitos, a desproporcionalidade na tradução de votos em cadeiras são alguns dos eventos que têm sido apontados como indícios de uma crise da representação, i. e. da insuficiência dos instrumentos de expressão da soberania popular, de responsividade e representatividade dos governos representativos. Nesse sentido, seriam indícios de que os representantes eleitos têm sido cada vez menos capazes de representar opiniões, valores, interesses e as novas identidades presentes nas sociedades atuais.

A principal formulação teórica utilizada para endereçar esse cenário é aquela desenvolvida por Manin (1997). Segundo esse autor, não haveria uma crise na representação, mas sim sua reconfiguração - historicamente, todos os momentos de reconfiguração da representação política foram tidos como momentos de crise. Essa reconfiguração seria decorrente de uma “fraqueza” dos partidos políticos de massa, que teriam dado lugar ao que ele chama de “democracia de audiência”.

A partir de uma análise histórica dos processos de designação de governantes, Manin aponta a eleição como método essencialmente aristocrático, contrapondo-o ao método de

sorteio, visto como democrático porque implicaria na igualdade de oportunidades de todos os cidadãos virem a ser eleitos. Nas eleições, argumenta, reforça-se uma distinção entre os eleitos e seus eleitores: aqueles seriam vistos como distintos e até superiores. Essa superioridade seria comumente vista em dois níveis: (i) superioridade como aptidão para governar e (ii) superioridade no sentido de uma pretensa excelência objetiva para exercer seu mandato. O autor, contudo, rechaça esse segundo ponto, admitindo as grandes probabilidades de serem eleitos governantes incompetentes para governar.

Manin elenca, então, quatro componentes básicos de governos representativos: (i) eleições; (ii) o fato de os representantes eleitos guardarem certa independência das preferências de seus eleitores; (iii) liberdade de manifestação pública, como contrapartida à inexistência de um mandato imperativo; e (iv) a existência de momentos de deliberação e debates antes da tomada de decisões políticas, componente necessário para endereçar a complexidade das sociedades. É a partir da remodelação desses componentes em diferentes momentos históricos que o autor aponta a existência histórica de três modelos de governos representativos: a democracia parlamentar, a democracia de partidos do final do século XIX e meados do século XX e, finalmente, a democracia de audiência ou de público contemporânea. Se no primeiro tipo os representantes são pessoas notáveis, eleitas a partir da sua notoriedade social, a extensão do sufrágio universal e o surgimento dos partidos de massa fez com que os eleitores do segundo tipo (a democracia de partidos) votassem diretamente com o seu partido. No modelo contemporâneo, por sua vez, a distinção dos representantes se daria por suas habilidades midiáticas, não havendo, assim, a apresentação de propostas de governo que possam ser cobradas por sua *constituency* posteriormente. Para o autor, aquilo que tem sido chamado de crise da representação seria apenas a reconfiguração para esse último tipo de governo representativo. Afinal, a despeito da vagueza das propostas desse novo modelo, os princípios do governo representativo – eleição, independência e autonomia do representante, liberdade da opinião pública e discussão pública - se mantêm, havendo apenas mudanças na sua operacionalização. Dessa forma, o autor rejeita a identificação entre democracia e governo representativo, atribuindo às eleições o caráter definidor deste último.

Ao negar a existência de uma crise e advogar por uma reconfiguração da representação política, contudo, Manin deixa de enfrentar alguns argumentos levantados pelo diagnóstico da crise. Ainda que os princípios do governo representativo continuem os

mesmos, como o autor aponta, as mudanças contemporâneas observadas por atores, arenas e dinâmicas de operação desses princípios levaram ao afastamento ainda maior entre representantes e representados, distância essa que o próprio autor reconhece ao apontar o caráter aristocrático das eleições (ALMEIDA, 2009, p. 44).

Outro problema que o próprio autor evidencia, mas não enfrenta, é a impossibilidade dos eleitores avaliarem as propostas dos eleitos, visto que o voto teria se baseado na figura do representante e não em seu fluido ou mesmo inexistente projeto de governo. Como bem pontua Almeida (2011, p. 45), tais limitações da formulação de Manin decorrem da sua aceitação acrítica dos princípios do governo representativo, algo que não seria “um ‘privilégio’ de sua obra, mas espelha o *mainstream* acadêmico”.

Outra autora que refuta a existência de uma crise da representação é Pogrebinschi (2011; 2010), a partir de duas pesquisas empíricas. A primeira delas realizou a análise das ADIs propostas desde 1988 e constatou que as decisões do STF, em sua esmagadora maioria, ora reforçavam as iniciativas do Legislativo e do Executivo que as ações visavam contestar, ora iam no sentido de negar uma decisão de mérito. Segundo a autora, “por mais que os mecanismos das ADIs [Ações Diretas de Inconstitucionalidade] e ADPFs [Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental] sejam acionados com intensidade significativa no STF, ele o é com bem menor intensidade para as leis do Congresso Nacional e, mais importante, na expressiva e absoluta maioria das vezes, o STF se abstém de ‘judicializar a política’, confirmando as normas emanadas pelo Poder Legislativo e preservando a expressão da vontade majoritária no lugar à qual originalmente pertence” (POGREBINSCHI, 2011, p. 36).

A segunda pesquisa realizada, por sua vez, analisou as Conferência Nacionais, em sua maioria realizadas durante a gestão do Presidente Lula, e constatou que, enquanto práticas participativas e deliberativas, elas reforçavam a atividade do Congresso Nacional. Tais conclusões parecem indicar uma visão segundo a qual formas participativas e deliberativas de exercício da atividade política seriam alternativas ou substituíveis à representação política. Entretanto, “o diagnóstico de que a representação formal está cada vez mais olhando para as reivindicações dos representantes informais, só reforça o argumento da importância de complementaridade entre essas instâncias e da insuficiência da

dimensão institucional para atendimento das condições democráticas da representação política, a qual parece estar associada com a sensação de crise” (ALMEIDA, 2011, p. 45).

A exposição acima dos principais autores que rechaçam o diagnóstico de uma crise de representação contemporânea demonstra que suas formulações falham no endereçamento dos elementos tidos como causadores dessa crise. Conforme exposto até aqui, esse diagnóstico é compartilhado não apenas pela maioria dos pesquisadores acerca da representação política, mas também por aqueles dedicados à agenda da judicialização da política – e, claro, pela desconfiança generalizada por parte da população nesse regime.¹³ De acordo com Rosanvallon (2008 *apud* POGREBINSCHI, 2011), essa crise repousa na incapacidade da democracia representativa representar, de fato, o povo ausente ou alcançar certo ideal democrático de soberania popular.

Diante do cenário de déficit de legitimidade democrática dos governos representativos, e tendo em vista o objeto da presente dissertação, qual seja a legitimidade de decisões judiciais, passemos, então, ao debate sobre representação política. Afinal, quando a representação política é democrática?

2.2. Legitimidade democrática e governos representativos

A representação enquanto noção moderna nasceu como resposta ao endereçamento da questão da soberania do poder político, i. e. a conciliação entre soberania política e soberania individual, definida como a capacidade de agir com autoridade por meio de uma autorização (ALMEIDA, 2013, p. 47). Tal concepção afasta-se da noção grega, em que a unidade política do Estado e a regulação ocorriam de maneira concreta, por meio da participação direta dos cidadãos nas decisões políticas. E também da noção medieval, marcada pela fragmentação do poder político e sobreposição de soberanias, com critérios fluidos de legitimidade.

Diante da nova ordem imposta pelo surgimento do Estado moderno, a resposta liberal-contratualista para a conciliação dessas duas soberanias foi dividir a esfera pública, em que os indivíduos abdicam da sua soberania, e a esfera privada, ocupada pela soberania

¹³ De acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Ipsos em 2017, 94% dos eleitores brasileiros não se sentem representados pelos políticos que estão no poder, e só metade deles defendem a manutenção da democracia. Disponível em < <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/para-94-dos-eleitores-atuais-politicos-nao-os-representam-aponta-pesquisa/> >, último acesso em 10.10.2019.

individual de cada cidadão. Essa “divisão de soberanias” permitiu conceber uma formulação em que uma limitasse o exercício pleno do poder política pela outra.

Em meio a esse debate, Hobbes concebeu o representante (soberano) como autorizado por uma pessoa artificial, o Estado. Este seria constituído pelo pacto, que garante a união de todos em um corpo só e pelo qual os indivíduos abdicam de sua soberania. Essa formulação teórica de Hobbes se contrapõe à teoria da representação em defesa do parlamento. Se para o autor quem pode congrega os interesses dos representados é a ficção do Estado que, por meio do poder absoluto, legitima o soberano, para os parlamentaristas haveria um senso de responsividade perante os representados e de cooperação para com o Estado (ALMEIDA, 2013, p. 47).

Uma vez construída formulação teórica para fundamentar a soberania, restava saber qual seria o tipo de governo igualmente capaz de conciliar essas duas esferas da vida política, a pública e a privada. É nesse contexto que os federalistas passam a advogar em favor da realização de eleições e de um sistema de *checks-and-balances* para coibir abusos do poder político. Todavia, o sufrágio universal é posterior a esse momento, sendo resultado de pressões sociais e políticas para a abertura do sistema político à participação, ampliando a base do consentimento da delegação de poder do representante, que forçaram o liberalismo a recorrer a um discurso universalizante (ALMEIDA, 2013, p. 48).

O trabalho seminal de Pitkin (1967), que cunhou a noção tradicional de representação política, procura endereçar o papel das eleições no governo representativo. A autora propõe uma mudança de enfoque, de uma noção de representação privada entre duas pessoas para outra de representação enquanto arranjo institucional público.

Essa autora identifica quatro visões de representação, legitimadas por elementos distintos. A visão formalista compreende a representação fundada na autorização prévia iniciada com Hobbes e aquela legitimada pela responsabilização *a posteriori* (*accountability*). A representação descritiva, por sua vez, legitima-se pela semelhança ou correspondência entre o representante e aquilo que é representado. Já a representação simbólica decorre da atribuição de símbolos de modo a “tornar presente aquilo que, de fato, não esteja presente”, fundando-se na crença dos governados na figura do líder. Assim, a autora ressalta que este tipo de representação tem menos a ver com uma adequação à vontade popular, podendo descambar para um regime fascista.

O cerne da contribuição de Pitkin, no entanto, reside na sua concepção de representação substantiva, composta por dois pressupostos que a tornariam adequada. O primeiro dele é a responsividade do representante para com os compromissos assumidos perante os representados. O segundo, e mais importante, pressuposto é de que o conceito de representação deve ser substantivo, referindo-se, assim, menos ao ato formal de autorização e legitimação, e mais ao conteúdo do que é realizado em nome do representado. Trata-se, portanto, de uma crítica direta às concepções formalistas, que não dão conta do que acontece *durante* a representação.

É a partir dessa formulação que essa autora assume um papel essencial na defesa de uma teoria da representação que recupere a ideia da representatividade e o atendimento aos interesses dos representados. Para ela, a representação é uma atividade substantiva, que precisa ser avaliada a partir da capacidade dos representantes de agirem de modo a promover os interesses dos representados e destes poderem garantir que seus representantes prestem contas de suas ações (URBINATI e WARREN, 2008, p. 393).

Apesar disso, a autora termina seu livro de maneira cética, aproximando-se de Schumpeter no que se conhece como visão realista da política. Pitkin mostra-se cética a respeito da possibilidade de um eleitorado, outorgante da representação e grupo desorganizado, de fato, compartilhar interesses comuns a serem perseguidos pelo representante. Ela se justifica a partir do diagnóstico dessa visão realista, segundo a qual os membros do eleitorado são reconhecidos por sua apatia, ignorância e maleabilidade (PITKIN, 1967, p. 215).

Além disso, a autora não consegue conciliar a ideia de controle e responsividade aos interesses do representado com a independência do representante (mandato – independência), especialmente tendo-se em vista a representação substantiva, a qual pressupõe atenção às preferências dos representados (LOUREIRO, 2009, p. 71).

Partindo do trabalho de Pitkin, Urbinati junta-se a Manin para questionar a associação direta e necessária que até então vinha sendo feita entre representação e democracia.¹⁴ Afinal, quando a representação é democrática?

¹⁴ Almeida (2011, p. 23): “a aliança entre democracia e representação é problemática e uma existiu sem a outra, em diferentes momentos. Enquanto a democracia veio da Grécia Antiga, onde a participação era prioritária; a

A partir da análise da assembleia ateniense, Urbinati questiona e desafia os pressupostos de que a democracia direta é o regime político mais democrático e, por isso, a representação seria a “segunda melhor opção”, factível em sociedades mais populosas e complexas. Segundo a autora, no modelo grego, a presença direta dos cidadãos não implicava na participação ativa de cada um deles nas discussões políticas. A participação que caracterizava tais assembleias era passiva; desencorajava-se a ausência, mas não o silêncio.

A autora também se aproxima de Manin ao criticar a democracia eleitoral, que se funda na seleção dos mais capazes para governar (aristocrática e elitista). Todavia, Urbinati não descarta o mecanismo das eleições. Para ela, elas teriam como virtude a possibilidade de renovar governantes incompetentes de forma pacífica e de condicionar a vontade dos legisladores para além do momento das eleições.

Desse modo, Urbinati concebe a democracia representativa como uma forma de participação política capaz de ativar diferentes mecanismos de controle e de supervisão por parte dos cidadãos ao não concentrar sua fonte de legitimidade nas instituições estatais nem reduzir o consentimento popular a um único ato de autorização, qual seja, o voto eleitoral. A autora argumenta, assim, em favor de uma noção dinâmica de relação representativa.

O intervalo temporal e espacial aberto pela representação, preenchido pelo discurso, pela confiança sustentável, pelo controle dos governados e pela *accountability* dos governantes, fornece então um impulso para a participação política na medida em que o caráter deliberativo tende a expandir a política para além da estreiteza da decisão e da administração (LOUREIRO, 2009, p. 81). Ao inserir o conceito de *advocacy* nessa dinâmica, Urbinati fortalece sua defesa da representação proporcional, afastando-a de uma mera fragmentação de interesses em virtude da possibilidade de busca pela verdade imparcial e de refletir a diversidade da sociedade a partir da figura do *advocate* como representante. Assim, a *advocacy* conciliaria a participação ou defesa de uma causa com o distanciamento característico da representação, bem como a igualdade política e o controle dos governantes.

Esse modelo de representação democrática, além de dinâmico, também é criativo. Como a vontade, o juízo e a opinião seriam partes constitutivas da soberania e esta transcende

representação – pelo menos como conceito e prática política – data da Idade Média tardia, altura em que foi imposta, como uma obrigação, pelo monarca. É apenas na Guerra Civil inglesa e depois nas revoluções democráticas do século XVIII que os dois conceitos se vêm a ligar”.

as eleições. Dessa forma, o representante político, por não substituir o soberano ausente - i. e. a parte que substitui o todo -, exige ser constantemente recriado para estar em harmonia contínua com os interesses e com a própria composição da sociedade (URBINATI, 2006; LOUREIRO, 2009, p. 82).

A teoria de representação política¹⁵ defendida por Urbinati rompe com os modelos anteriores que supõem mandatos privados de autorização ao conceber a representação de forma dinâmica, criativa e descolada das entidades preexistentes. A representação não pertence aos agentes ou instituições governamentais, mas designa uma forma de processo político, estruturada em termos de circularidade ou mediação entre as instituições estatais e a sociedade e não se restringe à deliberação e decisão na assembleia. Aqui, a unidade política não decorre automaticamente da unidade daquele que representa, mas deve ser criada e constantemente recriada através de um processo dinâmico (LOUREIRO, 2009, p. 84).

2.3. Conclusão parcial

O presente capítulo teve por objetivo apresentar um panorama do debate sobre representação política. Esse esforço deveu-se ao fato de o diagnóstico de crise da representação ser o ponto de partida das duas agendas de pesquisa que buscamos aproximar, a da judicialização da política e a da representação política. Em vista disso, busca-se, por meio dessa aproximação, pistas acerca de possíveis caminhos para o endereçamento do problema objeto desta dissertação.

Dentre as evidências dessa crise estão os escândalos envolvendo a classe política e sua consequente perda de credibilidade, a distância entre a atuação dos eleitos e os interesses dos eleitores, enfim, a perda da capacidade do modelo representativo de tradição liberal formal, baseado no binômio autorização – *accountability*, em fazer refletir os interesses e mesmo a composição da própria sociedade que será representada.

Endereçar esse problema demanda revisitar o conceito de representação política, de tradição liberal-contratualista, há tanto arraigado no debate público. Afinal, historicamente, o modelo representativo não fora concebido como variante da democracia. O que torna,

¹⁵ Loureiro (2009, p. 87): “a teoria democrática da representação faz retificações não só à teoria minimalista (que não fornece um retrato completo do jogo democrático) quanto à visão deliberativa de Habermas (que joga luz insuficiente para a luta política)”.

então, uma representação democrática? O momento autorizativo estabelecido pelo voto eleitoral não parece mais conseguir responder esta questão.

Apesar das ambiguidades presentes em seu trabalho, Pitkin presta uma essencial contribuição a esse debate com sua ideia de representação substantiva, referindo-se menos ao ato formal de autorização e legitimação e mais ao conteúdo do que é realizado *durante* a representação. Trata-se, portanto, de uma crítica direta às concepções formalistas, fundadas no voto como momento único para conferir autorização e exercer a *accountability*. Fica, contudo, a questão sobre como lidar com outro binômio, o do mandato – independência.

Visando abarcar igualdade política e o controle dos governantes e conciliar participação com o distanciamento característico da representação, Urbinati estabelece um modelo dinâmico e criativo, capaz de encampar outros mecanismos de participação e deliberação – a reconfiguração de um novo representante a depender das circunstâncias da tomada de decisão, por exemplo –, sem, contudo, perder de vistas as virtudes das eleições. E ela o faz por meio da ideia de *advocacy*.

Os desdobramentos desse debate parecem jogar luz a importantes aspectos a serem considerados a respeito de decisões judiciais em políticas públicas. O argumento de que sua falta de legitimidade democrática decorre do fato de juízes não serem eleitos pelo povo parece, agora, desprovido de conteúdo. Também a importância dessas decisões considerarem os interesses e a composição da sociedade, em um processo de representação dinâmica, criativa e substantiva é colocada em foco.

Por outro lado, a “implementação”, estruturação e operacionalização dessas ideias, em um esforço de imaginação institucional e experimentação, parece encontrar no direito importante aliado. Seu papel como ponte desse diálogo será abordado no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA EM DECISÕES JUDICIAIS: O PAPEL DO DIREITO NA CONSTRUÇÃO DE DESENHOS INSTITUCIONAIS LEGÍTIMOS

A partir do diagnóstico da crise da representação, mapeamos dois debates, que têm se desenvolvido de maneira paralela: o da judicialização da política e o da representação política na teoria democrática contemporânea. Apesar da falta de diálogo entre eles, a questão da legitimidade democrática de instituições não majoritárias é uma variável comum a ambos.

Almeida (2009, p. 20) apresenta um levantamento de experiências de representação não-eleitoral. As arenas de tomada de decisão transnacionais, palco de atores internacionais que atuam fora da lógica da representação democrática territorial, a exemplo do *Green Pace*, da Anistia Internacional e da Comunidade Europeia. O surgimento de experiências em que a tomada de decisão política fica a cargo de corpos especializados (*experts*), sem espaço para a participação ou controle dos cidadãos. As demandas por reconhecimento de grupos, bem como por formas de igualdade que denunciam a insuficiência dos padrões igualitários e universalistas da representação política atual (YOUNG, 2006). A difusão de estruturas e oportunidades informais para a representação e influência democrática, que ampliam as formas associativas e o discurso público nas sociedades modernas. E, finalmente, a influência de movimentos sociais e as mudanças institucionais ocorridas nas últimas décadas, especialmente na América Latina, criando estruturas formais de participação e no processo de formulação de políticas públicas.

É pensando nesses casos em que arranjos institucionais corroboram com a criação de experiências de representação não-eleitoral que buscaremos, neste capítulo, refletir sobre o papel do direito na construção desses arranjos e, conseqüentemente, de sua legitimidade. O argumento, que busca rebater a crítica consolidada e com grandes limitações de utilidade teórica e analítica de que decisões judiciais em políticas públicas não possuem legitimidade porque juízes não são eleitos, é de que, superada a associação entre voto e legitimidade, arranjos institucionais construídos pelo direito podem constituir outros elementos de legitimidade.

3.1. A judicialização da educação infantil na cidade de São Paulo¹⁶

No dia 03.05.2014, foi publicado na Folha de São Paulo o artigo "Experimentalismo judicial", de autoria do professor Oscar Vilhena Vieira. Nele, o autor tratou da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) na Apelação nº0150735-64.2008.8.26.0002 que, após audiências de conciliação e da primeira audiência pública da história do TJSP, obrigou o Município de São Paulo a criar 150 mil vagas em creches entre 2014 e 2016, com base em um plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de execução infantil a ser definido pelo Município, e a apresentar relatórios semestrais sobre os avanços no cumprimento da decisão, para monitoramento da Coordenadoria da Infância e da Juventude, da sociedade civil, da Defensoria Pública e do Ministério Público. No texto, o autor elogia a criatividade da solução ao dilema de “como impor uma obrigação complexa ao Executivo, sem substituí-lo na própria formulação e implementação da solução”, “afinal, não só foi o prefeito eleito para fazer essas escolhas políticas e financeiras, como é a prefeitura que dispõe do corpo técnico para implementá-las”.

Esse texto ilustra os avanços e as limitações das agendas de pesquisa sobre o Judiciário e políticas públicas. De um lado, pontua os principais problemas e críticas à incidência do Judiciário em políticas públicas, tais como a falta de legitimidade e conhecimento técnico dos juízes, e a ineficácia e iniquidade gerada por decisões pretensamente “satisfativas”.

De outro lado, dá indícios de como o caso analisado endereça tais preocupações. A decisão resultou de uma articulação societal que visou alterar o “padrão decisório” do TJSP quanto aos pedidos de vagas em creche com base no direito à educação básica estabelecido pela CF/88 (RIZZI e XIMENES, 2010).

A partir de uma breve explanação do caso, buscaremos jogar luz sobre alguns pontos do seu desenrolar que, a despeito da resistência de operadores do direito em discutir o assunto, parecem apontar para a possibilidade de se pensar desenhos institucionais que confirmam representatividade e legitimidade a esse tipo de decisão.

¹⁶ A reconstrução aqui realizada foi feita a partir de RIZZI e XIMENES (2014; 2010) e CORREA (2014).

O direito à educação infantil é um direito social estabelecido pelo artigo 6º da CF/88, de atendimento prioritário (artigo 208, IV e artigo 227 da CF/88), e também direito do trabalhador (artigo 7º, XXV, CF/88). Com a promulgação das Emendas Constitucionais no. 14/1996 e no. 53/2006, o dever constitucional de assegurar educação infantil a todas as crianças passou a ser atributo expresso dos Municípios. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei nº 9.394/1996), ao regulamentar os dispositivos constitucionais, reafirma, em seus artigos 4º e 11, V, esse dever do Município. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90), inclusive, já previa o direito à educação infantil em seus artigos 53 e 54, estabelecendo o dever de assegurá-la próxima à residência da criança.

Até 2005, a positivação desse direito não era suficiente para garanti-lo junto ao TJSP. Os argumentos mais frequentes para o deferimento de pedidos nesse sentido eram: (i) o argumento da “reserva do possível”; (ii) na separação de poderes; e (iii) no fato de que, nos casos em que as ações judiciais pediam o reconhecimento do direito difuso ou coletivo, ou seja, a determinação de que fosse matriculada toda a demanda num determinado prazo ou ainda que fossem construídas novas unidades de ensino, o Judiciário tendia a reconhecer alegações de impossibilidade de conceder a tutela para pedidos genéricos e indeterminados ou ainda “pedidos futuros” (RIZZI e SALOMÃO, 2010, p. 109).

A partir de 2005, contudo, sob influência das decisões do STF em favor de Recursos Extraordinários do Ministério Público, interpostos contra a jurisprudência até então dominante do Tribunal, esse cenário começa a se alterar.¹⁷ Essas decisões estabelecem parâmetros para a judicialização de direitos sociais como um todo. Além de reconhecer a exigibilidade jurídica imediata do direito à educação infantil, a corte declarou o dever do Judiciário em assegurar o suprimento da demanda por vagas em creches diante da omissão dos demais poderes. Ademais, estabeleceu uma interpretação mais restritiva ao princípio da reserva do possível, exigindo a comprovação objetiva pela administração competente de

¹⁷ RE 463.210-AgR/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Julgamento em 06/12/2005, DJ em 03/02/2006. RE 431.916-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, Julgamento em 25/04/2006, DJ em 19/05/2006. RE 469.819 AgR/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Julgamento em 12/09/2006, DJ em 06/10/2006. RE 465.066 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 13/12/2006, DJ em 16/02/2007. RE 384.201 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgamento em 26/04/2007, DJ em 03/08/2007. RE 595595 AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, Julgamento em 28/04/2009, DJ em 28/05/2009. RE592.937 AgR/SC, Rel. Min. Cesar Peluso, Segunda Turma, Julgamento em 12/05/2009, Publicação em 04/06/2009. AI 592.075 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Julgamento em 19/05/2009, DJ em 04/06/2009. RE 554.075 AgR/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, Julgamento em 30/06/2009, DJ em 20/08/2009.

impossibilidade de recursos, bem como delimitou a discricionariedade da administração pública apenas para os casos que tratam de direitos constitucionalmente assegurados (RIZZI e SALOMÃO, 2010, p. 111).¹⁸

Assim, é possível perceber um posicionamento da corte constitucional indo ao encontro do argumento a favor da flexibilização da separação de poderes e de uma legitimidade da atuação judicial baseada na Constituição e garantia desses direitos. Contudo, tendo em vista as críticas à capacidade dos tribunais em lidarem com conflitos distributivos, o problema da falta de legitimidade da atuação judicial permanece: a soberania política conferida à administração é transferida ao Judiciário sem deliberação, mecanismos de *accountability* ou atenção a questões de representatividade, tendo em vista as desigualdades no acesso à justiça.

O Tribunal passou, então, a reconhecer o direito subjetivo público de crianças de 0 a 5 anos a frequentarem creche ou pré-escola. Decisões em ações individuais ou individuais homogêneas determinavam a matrícula de crianças identificadas. Todavia, com a organização da demanda não atendida pelo direito em uma fila, as decisões tinham por consequência, na maior parte das vezes, a simples mudança da ordem na fila de espera. Quanto a ações que articulavam o direito à educação infantil de uma perspectiva coletiva ou difusa, a resposta era majoritariamente negativa (RIZZI e XIMENES, 2014, p. 16).

Entre 2005 e 2008, foram assinados Termos de Ajustamento de Conduta¹⁹ entre a administração municipal e o Ministério Público (MP), que se comprometia a deixar de promover novas ações judiciais ou de executar as sentenças já obtidas, se fossem criadas cerca de 15 mil novas vagas por ano. Em 2009, no entanto, devido à criação de vagas sem garantia de qualidade, o MP voltou a propor ações judiciais (RIZZI e XIMENES, 2014, p. 17).

¹⁸ No acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 410.715/SP, julgado em 22 de novembro de 2005, o voto condutor do Ministro Celso de Mello determinou a obrigatoriedade de prestação de serviço de educação também para o ensino infantil. Tal decisão foi anterior à Emenda Constitucional nº 53 de 2006, que instituiu essa obrigatoriedade. O argumento central desse voto foi no sentido da eficácia plena dos direitos sociais previstos na CF/88, de modo que o Poder Judiciário não poderia se eximir do encargo de garanti-los. Daí decorreria a legitimidade do Judiciário intervir em caso de omissão ou descumprimento, pelos órgãos competentes, de seus deveres de garantir tais direitos, bem como a limitação à discricionariedade do Executivo.

¹⁹ O termo de ajustamento de conduta é um acordo que o Ministério Público celebra com o violador de determinado direito coletivo. Este instrumento tem a finalidade de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial. Disponível em < <http://www.cnmp.gov.br/direitoscoletivos/index.php/4-o-que-e-o-termo-de-ajustamento-de-conduta>>.

Em 2007, organizações da sociedade civil iniciaram ações judiciais com o objetivo de alterar esse padrão decisório do TJSP e, por meio do litígio estratégico, impulsionar tanto a atuação do sistema de justiça como as políticas públicas educacionais. Dois recursos²⁰ no âmbito do TJSP tornaram-se paradigmáticos, funcionando como espaço de diálogo e negociação interinstitucional. Tais ações civis públicas foram propostas pela ONG Ação Educativa em nome de organizações que compõem o “Movimento Creche para Todos”, com o objetivo de atender as crianças de 0 a 5 anos e 11 meses em instituições de educação infantil, bem como a apresentação de plano para a ampliação da oferta de vagas com base nos parâmetros no Plano Nacional de Educação.

A primeira iniciativa do Movimento perante o Judiciário foi um Mandado de Segurança (MS) pedindo a publicação dos dados da demanda não atendida por creches e pré-escolas e o número de matrículas. Segundo Ester Rizzi, advogada da Ação Educativa, “a gente impetrou o mandado de segurança, fizemos uma divulgação para a imprensa e teve uma notícia no UOL, e em seguida, eles [a Prefeitura] publicaram os dados. (...) Enfim, perdeu o objeto e foi extinto o MS. Eles [a Prefeitura] pararam de publicar novamente”. O Movimento impetrou outro MS, desta vez negado por falta de legitimidade ativa (CORRÊA, 2014).

O efeito simbólico da proposição do MS remonta aos argumentos a respeito do uso do Judiciário na construção de narrativas dentro do debate público, levantados por alguns autores da agenda de judicialização da política - tendo a pressão midiática exercido o papel de accountability sobre a Prefeitura. Ainda, o indeferimento do segundo MS por falta de legitimidade (jurídica) ativa indica a falta de capacidade institucional do Judiciário em lidar com conflitos coletivos e plurilaterais.

Por outro lado, análise a partir da representação política permitiria conceber a reivindicação do acesso à informação como parte da soberania popular e incentivo à deliberação e participação nas discussões a respeito da política. Tratar-se-ia, assim, de uma

²⁰ A primeira ação, proposta no Foro Regional de Santo Amaro no ano de 2008, é a Apelação de nº 0150735-64.2008.8.26.0002 da Comarca de São Paulo, que teve como relator o Desembargador Samuel Jr. A segunda ação foi proposta no Foro Regional do Jabaquara no ano de 2010 e deu origem ao Agravo Regimental nº 0018645-21.2010.8.26.0003/50000, também de relatoria do Desembargador Samuel Jr.

accountability não apenas exercida pela mídia, mas pelos próprios eleitores que não se encontram representados pelo Executivo eleito.

Em 2012 foi iniciada uma articulação com o objetivo de discutir estratégias judiciais para endereçar essa questão. Formado pela Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação, autora das Ações Cíveis Públicas já em curso; pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo; pelo Grupo de Atuação Especial de Educação do MP; pelos escritórios de advocacia Rubens Naves Santos Jr Advogados e Hesketh Advogados, e pelo Grupo de Trabalho de Educação da Rede Nossa São Paulo, criou-se o Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre Educação Infantil (GTIEI).

O escritório Rubens Naves Santos Jr. Advogados, elaborou um parecer em conjunto com a Ação Educativa, tendo sido esse o pontapé inicial a criação do Grupo. Esse parecer consolidava toda a reflexão do GTIEI acerca da obrigatoriedade do Município de cumprir as normas constitucionais, utilizando inclusive argumentos de direito comparado e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ademais, o parecer propôs um novo modelo de justiciabilidade para que o problema fosse resolvido de maneira eficiente em termos coletivos. Tratou-se também de um exercício importante na padronização do discurso do Grupo e para sua estratégia de articulação.

A articulação desses atores sociais parece corroborar com o cenário de surgimento de demandas informações por participação e representatividade que se desenvolve fora de contextos eleitorais e instituições majoritárias. Também indicam uma tentativa de sanar o déficit de expertise do Judiciário no assunto - especialmente por meio do parecer elaborado pelo grupo - e redefinir as relações representativas inicialmente estabelecidas entre MP e Defensoria Pública, por meio da agregação de outros atores capazes de representar mais precisamente as demandas por direitos e igualdade de acesso à justiça ou aos resultados das decisões da população.

Em 2013, a Câmara Especial do TJSP suspendeu o julgamento das ações em curso e convocou uma audiência de conciliação entre autores e réus para tratar do problema. Buscando interlocução ainda maior com diferentes atores no âmbito do Judiciário, o grupo interinstitucional solicitou, ainda, a convocação de uma audiência pública. Essa “solicitação” aconteceu por meio de conversas com o desembargador em seu gabinete (CORREA, 2014). E, por meio de uma decisão, o magistrado instituiu a primeira audiência pública da história

do Tribunal. A capacidade criadora do direito em estruturar espaços e mecanismos com vistas à inclusão e a preencher o vazio representativo temporal deixado pelas eleições resta exemplificado.

Essa dinâmica de inclusão e representação, contudo, parece ser a exceção. A Defensoria atua na defesa da educação infantil de forma individual, em complementação à atuação do MP, que se dá de forma coletiva. De acordo com o defensor público Luiz Rascovski, as demandas individuais servem como forma de pressionar o Poder Executivo a avançar na questão, ainda que contribuam para a manutenção da desigualdade daqueles a serem contemplados pela garantia do direito: “claro que nós não queríamos estar por meio de uma ação judicial furando eventualmente ou violando eventualmente de forma indireta direitos de outras crianças que estão na fila, mas que não procuraram a defensoria ou um advogado e estão lá aguardando a sua chamada pela ordem de posição e vem alguém através de uma ordem liminar e passa na frente, (...) mas a gente entende que essa pressão é uma forma de pressão legítima para o Poder Executivo se mobilizar de uma forma mais rápida”.

A legitimidade dessa atuação representativa da Defensoria parece questionável, tendo-se em vista o modelo de representação substantiva de Pitkin ou de representação dinâmica de Urbinati.

A audiência pública contou com a participação de mais de 40 organizações e especialistas envolvidos com o direito à educação e forneceu subsídios tanto para a tentativa de conciliação como para o acórdão a respeito das ações civis públicas em curso.

Em dezembro de 2013, a Câmara Especial julgou²¹ a ação parcialmente procedente e determinou a obrigação do Município de criar 150 mil vagas em educação infantil. A decisão também determinou a criação de um Comitê de Monitoramento na Coordenadoria da Infância

²¹ Sucintamente, a decisão dispõe que a reserva do possível não poderia ser oposta ao mínimo existencial à dignidade humana. Reconhece, ainda, a dificuldade acerca da necessidade de se conseguir terrenos vagos na cidade de São Paulo, mas contra este argumento diz que os recursos previstos para a educação não foram totalmente gastos nos anos de 2007 e 2008. Neste ponto, entrevista com a Secretária de Educação informou que foi ideia da própria Prefeitura o acompanhamento semestral das entidades sobre o avanço da política pública por meio de relatórios. Isso porque a Prefeitura entende que, desta forma, as entidades da sociedade civil e os órgãos de litigância do Estado perceberiam a existência efetiva de vontade política, assim como as dificuldades e gargalos enfrentados. Finalmente, é digno de nota o fato de a decisão entender desnecessária a determinação de penalidades para o descumprimento das obrigações, deixando aberta a possibilidade de fixação futura de astreintes pelo juiz.

e Juventude do TJSP, para acompanhar o plano de ampliação de oferta de vagas e as respectivas construções de unidades.

As demandas por revisões nas políticas públicas foram traduzidas “em linguagem de direitos”, e as estratégias foram sendo modificadas de acordo com os resultados obtidos: inicialmente, com petições administrativas para a Prefeitura, sem respostas satisfatórias; depois, com um mandado de segurança, que foi negado por falta de legitimidade ativa; uma ação civil pública, extinta sem julgamento de mérito por considerar os pedidos genéricos; e, finalmente, uma segunda ação civil pública, com pedidos individuais homogêneos, que culminou nos desdobramentos supramencionados.

O conceito de *advocacy* de Urbinati, e o modelo de representação por ela concebido, parece útil. A representação estabelecida pelo grupo interinstitucional, enquanto *advocate* da universalização da política de educação infantil, foi se construindo ao longo do intervalo temporal entre eleições municipais que alteraram o prefeito e o projeto político da cidade. Ainda, esse modelo, ao melhor refletir a sociedade e evitar a fragmentação de interesses, lida com as críticas a respeito das desigualdades potencialmente perpetradas por decisões judiciais a respeito de conflitos distributivos.

O direito, i.e. as decisões judiciais emanadas ao longo da atuação do tribunal ao longo dessa relação representativa, parece ter se constituído de ferramenta para a construção desses arranjos institucionais inovadores e representativos e, por isso mesmo, tornou-se legítimo.

As discussões a respeito da judicialização da política atribuem uma suposta legitimidade do Judiciário a dois elementos, a argumentação pública das decisões judiciais e valores constitucionais a serem preservados (a exemplo do princípio da moralidade e da dignidade humana). A concepção racionalista do primeiro e os parâmetros abertos e disputáveis do segundo, contudo, não conferem às decisões legitimidade democrática por retirarem completamente a soberania dos cidadãos e transferi-la totalmente ao Judiciário.

Todavia, arranjos como o estabelecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a exemplo do aconselhado por Urbinati, mantêm a tensão intrínseca do binômio mandato - independência. As decisões judiciais emanadas fundamentadas na soberania do tribunal permitiram, justamente, que o *advocate* limitasse a sua soberania ao reivindicar respostas outras que decisões meramente satisfativas.

O conceito de *advocacy* de Urbinati, e o modelo de representação por ela concebido, parece útil. A representação estabelecida pelo grupo interinstitucional, enquanto *advocate* da universalização da política de educação infantil, foi se construindo ao longo do intervalo temporal entre eleições municipais que alteraram o prefeito e o projeto político da cidade. Ainda, esse modelo, ao melhor refletir a sociedade e evitar a fragmentação de interesses, lida com as críticas a respeito das desigualdades potencialmente perpetradas por decisões judiciais a respeito de conflitos distributivos.

O direito, i.e. as decisões judiciais emanadas ao longo da atuação do tribunal ao longo dessa relação representativa, parece ter se constituído de ferramenta para a construção desses arranjos institucionais inovadores e representativos e, por isso mesmo, tornou-se legítimo.

As discussões a respeito da judicialização da política atribuem uma suposta legitimidade do Judiciário a dois elementos, a argumentação pública das decisões judiciais e valores constitucionais a serem preservados (a exemplo do princípio da moralidade e da dignidade humana). A concepção racionalista do primeiro e os parâmetros abertos e disputáveis do segundo, contudo, não conferem às decisões legitimidade democrática por retirarem completamente a soberania dos cidadãos e transferi-la totalmente ao Judiciário.

Todavia, arranjos como o estabelecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a exemplo do aconselhado por Urbinati, mantêm a tensão intrínseca do binômio mandato - independência. As decisões judiciais emanadas fundamentadas na soberania do tribunal permitiram, justamente, que o *advocate* limitasse a sua soberania ao reivindicar respostas outras que decisões meramente satisfativas. E, nessa dinâmica, a unidade política vai sendo reconfigurada (a exemplo das mudanças nos pedidos realizados ao Judiciário - petições administrativas, mandado de segurança, ação civil pública, primeiro com pedidos coletivos e depois com pedidos individuais homogêneos).

Por essa lógica, o argumento de que decisões judiciais a respeito de políticas públicas não teriam legitimidade democrática simplesmente por não terem sido eleitos, dá lugar a outro tipo de argumento. Aquele segundo o qual, diante da necessidade de formas de representação que transcendam o momento da eleição, a falta de legitimidade residiria na ausência de desenhos institucionais que garantam essa legitimidade por outros elementos que não o voto eleitoral.

Importante notar, ainda, que essa nova dinâmica institucional, estruturada pelo direito, permite endereçar outras críticas à judicialização, tais como a falta de expertise dos magistrados (ao inserir no processo de profissionais que advogam pela educação e chamar o Executivo a se manifestar), perpetuação de desigualdades diante de conflitos distributivos (as alterações da unidade política da relação permitiram uma reconfiguração que refletisse a sociedade e representasse a totalidade daqueles a quem o direito à educação infantil era elegível), ausência de capacidade institucional do Judiciário para lidar com conflitos coletivos (reconhecendo o caráter coletivo da demanda, seja pela composição da unidade política do *advocate*, seja pelo estabelecimento de audiências públicas).

3.2. Conclusão parcial

O caso da judicialização da educação infantil na cidade de São Paulo mostra-se um caso estratégico para apontar alguns dos potenciais ganhos teóricos e analíticos da judicialização da política em matéria de direitos sociais, de modo a vencer resistências de operadores do direito que operam pela lógica racional-formal e pela noção liberal de separação de poderes.

Como foi possível perceber, a adoção de modelos representativos democráticos dinâmicos é complementar ao modelo eleitoral, ajudando a garantir a representatividade *durante* a representação política eleitoral. Em um cenário de desigualdade e exclusão como o brasileiro, perpetrado inclusive por instituições que deveriam combatê-lo, como o supracitado exemplo da Defensoria, esses modelos permitem pensar formas de contornar esses problemas. Afinal, o oposto da representação não é a participação, mas a exclusão.

Também fica claro o potencial do direito em estruturar arranjos institucionais que deem efetividade a esses modelos e garantam inclusão e representatividade. Onde, a proposta de combate ao insulamento disciplinar proposta nessa dissertação.

A categoria da representação política e da representatividade oferece, assim, uma potencial agenda de pesquisa, voltada ao refinamento da discussão aqui proposta, bem como ao desenvolvimento de referenciais analíticos e métodos que sejam capazes de apreender e medir os impactos distributivos e inclusivos de arranjos representativos desse tipo, a exemplo da atuação do Comitê de Monitoramento criado pelo TJSP para o caso supracitado.

CONCLUSÃO

No primeiro capítulo buscamos apresentar um panorama das discussões a respeito da judicialização da política. Fazê-lo nos permitiu identificar alguns pontos que demandam avanços, bem como nos forneceu pistas de por onde começar a endereçá-los.

Foi a partir da constatação dos problemas de representação política e legitimidade democrática discutidos no estado da arte do debate, que se realizou uma aproximação interdisciplinar com a teoria democrática contemporânea. Se por um lado, o Direito pode encontrar respostas às limitações teóricas e analíticas que ainda não conseguiu endereçar; por outro lado, esse debate da Ciência Política precisa do Direito enquanto ferramenta para construir arranjos jurídicos que garantam instâncias de representação política, de fato, democráticas.

No segundo capítulo, apresentamos o debate sobre representação política. Esse esforço deveu-se ao fato de o diagnóstico de crise da representação ser o ponto de partida de ambas as agendas de pesquisa. Endereçar esse problema exigiu a revisão do conceito de representação política, de tradição liberal-contratualista, há tanto arraigado no debate público. O momento autorizativo estabelecido pelo voto eleitoral não consegue mais conferir o caráter democrático da representação. As formas dinâmicas e substantivas de representação política, que se preocupam com a representatividade do que ocorre *durante* a representação, parecem contornar esses problemas trazidos pela crise.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, buscamos jogar luz sobre o potencial do direito, enquanto ferramenta estruturante de arranjos institucionais, poder criar e reconfigurar as dinâmicas representativas úteis a uma representação democrática. Assim, a falta de legitimidade democrática de decisões judiciais em políticas públicas não decorreria do fato de juízes não serem eleitos pelo povo, mas da ausência de arranjos institucionais que ajudem a construir essa legitimidade por outras dinâmicas.

A proposta de aproximação e de mobilização de categorias da teoria democrática contemporânea para a discussão da legitimidade democrática do Judiciário não traz respostas definitivas – essa nunca foi a intenção. Ela procura, por outro lado, apontar novos caminhos e reformulações do problema, abrindo, assim, uma agenda de pesquisa ainda a ser explorada.

Os direitos sociais, ao demandarem expressiva prestação estatal, extrapolam os limites do raciocínio jurídico-formal na busca pela sua garantia. Nesse sentido, é preciso atualizar os pressupostos e revisar as estratégias jurídicas herdadas da tradição do sistema do Civil Law, bem como da transposição “à brasileira” de tradições constitucionais e representativas liberais do norte.

Tendo em vista que os critérios, padrões e balizas da justiça são definidos histórica e socialmente, pois são estabelecidos e desafiados pela ação social, coloca-se o desafio da permanente reconstrução da definição de justiça, o que demanda a participação dos atores sociais e o desenvolvimento de gramáticas morais capazes de considerar os outros como interlocutores (AVRITZER e MAROA, 2014, p. 79).

Soma-se a isso o crescente agravamento da crise de representatividade, a despeito da abertura do sistema político diante da pressão de movimentos sociais e outros atores societais a partir do processo de redemocratização.

Nesse cenário, a busca por direitos e pelo exercício da soberania popular – seja por conta do intervalo temporal das eleições, seja pela ausência de representatividade dos representantes eleitos – tem extrapolado as instituições majoritárias. Modelos de representação que se preocupem com o teor substantivo das atividades dos representantes (i. e. com o que acontece *durante* a representação eleitoral), bem como com a representatividade dos valores em constante mudança na sociedade, são desafiadores, mas parecem alternativa válida na tentativa de resolução desses problemas.

Ao estabelecer direitos, competências e estruturar instituições, parece necessário que o Direito acompanhe esse movimento para dar-lhe efetividade, o que inicia com o acompanhamento dessas discussões.

As dificuldades aqui apontadas parecem indicar que, para fins de avanço em questões de tamanha complexidade, o insulamento do campo não contribuirá nem para um Estado democrático, nem para um Estado de direito.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, ano 2, no. 2, 2005.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALMEIDA, Debora Cristina Rezende de. A relação contingente entre representação e legitimidade democrática sob a perspectiva da sociedade civil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 28, no. 82, 2013.

_____. *Repensando representação política e legitimidade democrática*. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré, 2002.

_____. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octavio. (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da Política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. *Revista Brasileira de Ciência Política*, no. 15, Brasília, setembro – dezembro 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma Nova Abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, 23, Curitiba, nov., 2004.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, no. 34, São Paulo, 1997.

CORREA, Luiza Andrade. *A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo*. 2014. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

COUTINHO, Diogo R. O Direito Econômico e a Construção Institucional do Desenvolvimento Democrático. *Revista Estudos Institucionais*, vol. 2, no. 1, 2016.

DAHL, Robert. *A prefacy to democratic theory*. Chicago: The University of Chicago, 1956.

DUARTE, Guilherme Jardim; VASCONCELOS, Natália Pires de; MARTINS, Rodrigo; QUEIROZ MOREIRA, Thiago de Miranda. *O Sistema de Justiça na Ciência Política Brasileira: uma análise da literatura*. set., 2015. Disponível em < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2886646 >, acesso em 05.08.2019.

FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil*. 2003. Disponível em: < <https://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf> >, último acesso em 11.08.2018.

_____. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: EDUSP, 1988.

_____. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. O Judiciário e os Direitos Humanos e Sociais: Notas para uma Avaliação da Justiça Brasileira. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010.

FEREJOHN, John. Judicializing Politics, Politicizing Law. *Journal of Law and Contemporary Problems*, v. 65, no. 3, 2002.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A Ação Civil Pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da Discricionariedade Administrativa na Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, no. 2, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. (Coleção Os Pensadores).

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Democracia com juízes. *Revista do Ministério Público*, ano 24, no. 94, Lisboa, jun./2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o Poder Judiciário e a Judicialização. In: MOTTA, Luiz Eduardo; MOTA, Mauricio (Org.). *O Estado Democrático de Direito em questão: teorias críticas da judicialização da política*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LAVALLE, Adrián Gurza.; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziela. Democracia, pluralização da representação e sociedade civil. *Lua Nova*, Revista de Cultura e Política, no. 67, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

LOUREIRO, Maria Rita. Interpretações contemporâneas da representação. *Revista Brasileira de Ciência Política*, no. 1, Brasília, jan./jun. 2009.

MACIEL, Débora Alves. Ação Coletiva, Mobilização do Direito e Instituições Políticas: o caso da Campanha da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 26, no. 77, 2011.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. *Lua Nova*, Revista de Cultura e Política, no. 57, 2002.

MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Cambridge: Cambridge University, 1997.

NOBRE, Marcos. *Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil*. Cadernos Direito GV, vol. 1, no. 1, 2005.

_____ ; RODRIGUEZ, José R. Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Revista Novos Estudos*, CEBRAP, no. 91, São Paulo, nov., 2011.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A judicialização da política no Brasil: análise das decisões do TSE do STF sobre a verticalização das coligações e fidelidade partidária*. 2014. Tese (Doutorado) - Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, Brasília.

PARKINSON, John. Legitimacy problems in deliberative democracy. *Political Studies*, vol. 51, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PITKIN, Hanna F. *The concept of representation*. Berkeley e Los Angeles: University of California, 1967.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?* Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____ ; SANTOS, Fabiano. Contra a falácia da crise institucional: conferências nacionais de políticas e o impacto (positivo) sobre o congresso. *Revista Insight Inteligência*, n. 49, abr./jun, 2010.

RIZZI, Ester; SALOMÃO, Ximenes. Litigância estratégica para a promoção políticas públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo. In: FRIGO, Darci; PRIOSTE, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sérgio. *Justiça e Direitos Humanos: Experiências de Assessoria Jurídica Popular*. Curitiba: Terra de Direitos, 2010.

RIZZI, Ester; SALOMÃO, Ximenes. *Litígio estratégico para a mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre educação infantil em São Paulo*. 8º Encontro da ANDHEP - Políticas Públicas para a Segurança Pública e Direitos Humanos, 2014.

ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. Tradução Christian Edward Cyril Lynch. São Paulo: Alameda, 2010.

SADEK, Maria Teresa. Poder Judiciário: seu panteão. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 1, no. 1, jan./mar., 2007.

SALLES, Carlos Alberto de. Ação civil pública contra omissões do poder público: limites e possibilidades. In: SALLES, Carlos Alberto de (org). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A judicialização da política. *Center for Social Studies*, 2003. Disponível em < <https://www.ces.uc.pt/ces/opiniao/bss/078.php> >, último acesso em 20.10.2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Direito e democracia: a reforma global da justiça*. Porto: Afrontamento, 2001.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TATE, C. Neal; Why the Expansion of Judicial Power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. (org.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University, 1995.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Revista Dados*, vol. 50, no. 02, Rio de Janeiro, 2007.

_____ ; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Revista Dados*, v. 51, no. 4. Rio de Janeiro, 2008.

TEIXEIRA, Ariosto. *A judicialização da política no Brasil (1990-1996)*. 1997. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, Brasília.

UNGER, Roberto Mangabeira. Legal Analysis as Institutional Imagination. *The Modern Law Review*, v. 59, n. 1, jan., 1996.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 67, 2006.

_____ ; WARREN, Mark E. The concept of representation in contemporary democratic theory. *Annual Review of Political Science*. n. 11, 2008.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, 4 (2), jul - dez, 2008.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Org.). *Poder Normativo das Agências de Regulação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

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

VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck. A judicialização da política. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa (Org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Experimentalismo Judicial*. Folha de São Paulo, 03 de maio de 2014. Disponível em <
<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2014/05/1448931-experimentalismo-judicial.shtml>>, último acesso em 01.05.2017.

WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

WERNECK ARGUELHES, Diego; MOLHANO RIBEIRO, Leandro. Contextos da Judicialização da Política: novos elementos para um mapa teórico. *Revista Direito GV*, vol. 15, no. 2, 2019.

YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University, 2000.

YOUNG, Iris Marion. Representação política, identidades e minorias. *Lua Nova*, Revista de Cultura e Política, São Paulo, no. 67, 2006.