

SIGNIFICADO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PARA A DEMOCRACIA

JUDICIALIZATION MEANING OF POLICY FOR DEMOCRACY

Marco Antonio Meneghetti¹

RESUMO

A partir da articulação dos conceitos de democracia, representação, legitimidade e *accountability*, esse pequeno ensaio pretende apontar a hipótese de risco para a democracia que pode ser gerada pela *judicialização da política*. O que significa para a democracia a atuação do Judiciário produzindo ou alterando políticas públicas, sob a forma de direito novo, mas não atuando mediante representação constituída em sufrágio? De que forma a sociedade se capacita a controlar o Judiciário no exercício dessa função? Em suma, é uma breve introdução ao problema da judicialização da política no âmbito da democracia representativa, bem como a sugestão para que se garanta a legitimidade mediante a institucionalização de um tribunal que permita a *accountability* vertical.

Palavras-chave: Judicialização da política; Democracia; Representação; Democracia representativa; Legitimidade; Poder Judiciário; Políticas públicas; Direito e política.

ABSTRACT

From the articulation of the concepts of democracy, representation, legitimacy and accountability, this short essay is intended to show the possibility of danger to democracy that can be generated by the legalization of politics. What does it mean for democracy the role of the judiciary producing or changing public policy, in the form of new right, but not acting upon representation made in suffrage? How society will enable to control the judiciary in the exercise of this function? In short, is a brief introduction to the problem of judicialization of politics in the context of representative democracy, and the suggestion to ensure legitimacy through the institutionalization of a court to allow vertical accountability.

Keywords: Judicialization of politics; Democracy; Representation; Representative democracy; Legitimacy; Judiciary; Public policies; Law and politics.

1. Introdução

*“Todos os cidadãos alcançam direitos iguais e os cargos são preenchidos por sorteio. É este o traço, para Platão, a verdadeira característica essencial da democracia, tal como ele a via na sua cidade natal. Diante dele, que apreciava acima de tudo o saber dos peritos, surgia a democracia precisamente como o símbolo dum regime que dava ao juízo de cada um uma igual participação na resolução dos problemas supremos do Estado”*². O horror de Platão à democracia, como menos qualificada das formas puras de governo, vê o homem democrático como patologia da alma (*patologia* como doença ou corrupção e *alma* como razão ou conhecimento), assim reduzido ao estado de ignorância no limite de percepção que dá a *alegoria*

¹ Advogado, Mestre em Ciência Política/UnB, pesquisador independente sobre o ativismo judicial.

² A referência aos fundamentos gregos, assim como o desenvolvimento clássico do conceito de democracia, foram extraídos de Werner Jäger, 1979 [1936]: PAIDEIA, 886-887.

*da caverna*³. Essa visão parte do projeto platônico de uma sociedade ideal estratificada pelo mérito, incompatível com propostas de igualdade, não se podendo minorar o ressentimento que o acomete em face da circunstância que levou à morte o amado Sócrates. Nesse contexto da crítica de Platão se extrai a essência do conceito grego da democracia: a ideia de igualdade absoluta, cujo ápice se manifesta no provimento de cargos pelo sorteio. A álea transpõe e neutraliza todas as diferenças. Platão escreve que “*A cidade transpira agora liberdade e dentro dela todos podem fazer o que lhes der na gana*”. A liberdade de que trata é a de se sentir livre de toda classe de deveres, de organizar a vida como melhor aprouver. É o triunfo do indivíduo. O homem democrático grego criticado em Platão corresponderia ao contemporâneo *tipo individualista*, ambicioso, apto a se tornar avarento e tirânico; assim um risco para a democracia se degenerar na sua forma impura. Direitos iguais para o preenchimento de cargos, de modo que seja assegurado a todos participar do governo. Essa a essência que nos foi legada pela antiguidade grega para balizar a evolução do conceito de democracia. Desde lá está sob discussão o dilema de como realizar a igualdade sem sufocar a diferença; como incluir o indivíduo como unidade social, sem negar a pessoa como universo de aspirações.

Luis Felipe Miguel⁴ chama a atenção para a dualidade conceitual contemporânea, quer no senso comum, quer no ambiente acadêmico: de um lado, o governo do povo, que atribui corresponder ao significado etimológico, em herança dos gregos, e de outro o processo eleitoral ou forma de escolha dos governantes. Luis Felipe Miguel adverte para o problema dessas duas faces se mostrarem, em alguma medida, incompatíveis entre si, porque a eleição era vista da Antiguidade ao século XVIII como oposta à democracia; a igualdade entre os cidadãos somente seria alcançada pelo sorteio, além do que em nenhum dos regimes tidos como democráticos da atualidade o povo realmente governa. Aquele núcleo do conceito de democracia – *igualdade de direitos para o preenchimento de cargos e garantia de participação de todos no governo* – traz em si tanto a ideia *formal* inerente ao processo de provimento de cargos, mas igualmente dá passagem à ideia *substancial* de participação no governo. Não obstante, resta evidente que a eleição como procedimento não é bastante em si para assegurar a igualdade, nem se conhece qualquer modelo de governo contemporâneo que assegure a participação de todos. Daí as escolas que adotam isoladamente a *eleição* ou a *participação* para conceituar democracia trabalham com um conceito imperfeito. A questão posta está em como harmonizar em razoável medida essas faces tão excludentes entre si, como salientado em Luis Felipe Miguel.

³ Platão, trad. de Enrico Corvisieri, 2004: A REPÚBLICA. Livro VII, p. 225-256.

⁴ (Dados, 2002: 483-484).

Predominam três tradições na história conceitual de democracia⁵: a *teoria clássica* ou aristotélica, que assegura o governo a todos, distinguindo-a das demais formas de governo pela quantidade dos que exercem o governo (monarquia de um, aristocracia de muitos e democracia de todos); a *teoria medieval* de origem romana, apoiada na soberania popular, que se exerce numa concepção ascendente mediante *representação* e numa concepção descendente mediante delegação do príncipe; a *teoria moderna* ou de Maquiavel, nascida com o Estado moderno, segundo a qual as formas históricas são essencialmente as monarquias e as repúblicas. Apressasse Bobbio a distinguir *democracia* e *liberalismo* diante da difusão atual de regimes denominados *liberal-democráticos* ou *democracias liberais*, demonstrando a inexistência de qualquer interdependência entre tais conceitos. *Liberalismo* corresponde à concepção de Estado com poderes e funções limitados, ao qual se contrapõe o Estado absoluto ou mesmo o Estado social; *democracia* corresponde a uma das formas de governo, na qual o poder não está nas mãos de apenas um ou de alguns, mas na de todos ou, ao menos, na da maioria, contrapondo-se às formas autocráticas (monarquia e oligarquia). É possível ser um Estado liberal não necessariamente democrático, no qual, embora limitado o poder, é restrita a participação no governo às classes *possuidoras* ou dos *melhores*. Do mesmo modo, um governo democrático não é necessariamente liberal, o que ocorre quando se garante a todos ou à maioria participar do governo, mas não se dá limite ao poder do Estado. Como sustentado por Benjamin Constant em discurso no Ateneu Real de Paris em 1818, é exigência dos Estados socialmente e economicamente desenvolvidos simultaneamente de um lado *limitar* o poder e de outro *distribuí-lo*⁶.

2. Sobre o conceito de democracia e representação

A democracia dos antigos, como foi legada pelos gregos, na passagem para a democracia dos modernos, mantém íntegra a titulação do poder no povo, mas altera o *modo* ou o *procedimento* de como esse direito se exerce. Da *democracia direta* passa-se à *democracia representativa*. A institucionalização da democracia representativa como fundamento do Estado foi defendida por Madison em textos como esse: “*The scheme of representation as a substitute for a meeting of citizens in person being at most but very imperfectly known to ancient polity, it is in more modern times only that we are to expected instructive examples*”⁷. Já aí estava presente a recorrente *ressalva* quanto às imperfeições da *democracia direta* para o bom exercício do governo (visão elitista), mal disfarçado sob argumentos lógicos como “*dimensão*

⁵ (Bobbio, Dicionário, 2000 [1983]: 319-320).

⁶ (Bobbio, Liberalismo e Democracia, 2005 [1988]: 7-8).

⁷ (The Federalist Papers, 1999 [1961]: 324).

territorial” e “*especialização profissional*”. A questão da imensidão territorial das colônias americanas já àquele tempo constituía obstáculo físico para o exercício da democracia direta. Do mesmo modo a participação nos negócios de governo é tida como não harmonizável com a preocupação individual do cidadão em resolver os seus assuntos privados, que lhe tomava a maior parte do tempo. Certo ou equivocado, não é caso para discussão nesse momento, os *federalistas*, seguindo os passos dos constitucionalistas franceses da época, sistematizaram os fundamentos filosóficos da *democracia representativa* nos primeiros momentos da fundação dos Estados Unidos da América. Nesse contexto social em que se formou a nação nos Estados Unidos, Tocqueville associou *democracia e igualdade*⁸. Não obstante o êxito do modelo de democracia representativa nos Estados Unidos, mormente sob o aspecto da *funcionalidade*, contemporaneamente vem se intensificando o grau de cobrança de qualidade da representação. A discussão dirá em torno de como o exercício efetivo do poder pelos representantes possa guardar maior adequação aos representados.

Assim se discutiu diversos modelos para garantir maior grau de adequação da representação. Thomas Hobbes articulou a *delegação* total da soberania popular ao rei, mediante um *contrato social*. Aí poderia estar o gérmen da representação, o rei governando por atribuição do povo, se não fosse o obstáculo imposto pela irreversibilidade desse contrato, bem assim pela inexistência de qualquer mecanismo de controle da ação de governo. Tratava-se essencialmente de argumentação de legitimação da monarquia absoluta, não se podendo vislumbrar qualquer tentativa primitiva de construir uma teoria sobre a democracia representativa como a conhecemos atualmente.

A construção do conceito de representação⁹ passa pela *visão formal*. Trata a *representação* como uma *autorização* concedida pelo representado ao representante em caráter geral. Não permite ao representado intervir na ação do representante no curso do mandato, mas tão-somente a oportunidade de controle ou prestação de contas (*accountability*) por ocasião das eleições, votando pela re-eleição ou negando-a. Também mereceu discussão o modelo *descritivo de representação* que traduz uma acurada correspondência entre os representados e os representantes, embora sob a tendência de serem mais votados aqueles “*pelo que fazem*”, não “*pelo que são*”. Já a *representação simbólica* supõe a correspondência entre representantes e representados, que pode corresponder a uma *bandeira* ou, de outro modo, a um mapa, que guardaria adequação em escala com a nação, em tese propiciando razoável nível de controle. O ponto ótimo dessa aproximação acabaria por negar a representação, levando para o ambiente dos

⁸ (A Democracia na América, 2001 [1981]; Luis Felipe Miguel, Dados, 2002).

⁹ (Hanna Fenichel Pitkin, The Concept of Representation, 1997 [1967]).

representantes a totalidade dos representados. Pode-se falar de uma *representação por analogia*, na qual se garantiria uma perspectiva comum de visão dos assuntos a serem deliberados pelos representantes. Seja qual for o modelo, a grande controvérsia remanescente diz respeito à teoria do *mandato independente*, que legitimaria o representante a se desvincular dos interesses ou perspectivas do representado, porque o mandato de representação política não se confunde com o de representação civil. Na *representação desconectada dos interesses*, sustentada por Edmund Burke como representação do “*todo*” desde a eleição, deve o representante responder perante a nação, transcendendo a esfera privada ou mesmo local de interesses do seu eleitor. Cabe falar da *representação dos interesses das pessoas*, muito similar à teoria do mandato civil, típica do liberalismo com influência do utilitarismo, que especifica qual o interesse constitui dever de representação do representante. Desenvolveu-se esse pensamento principalmente nos Estados Unidos, dado o sistema eleitoral distrital por regiões determinadas, que facilita a identificação do representante pelo representado e a subsequente “*cobrança*” de desempenho específico. A *representação política* vista em Pitkin envolve o conjunto dessas visões na medida em que qualifica uma ação substantiva por outros, no interesse do representado, não individualmente, mas na qualidade de cidadão membro de uma comunidade. Nesses termos o representante atua com independência no julgamento da situação que lhe caiba resolver, não obstante ainda remanescer uma constante tensão entre representados e representantes como parte do problema político a ser solucionado.

Susan J. Phar, Robert D. Putnam e Russel J. Dalton¹⁰ reportam-se a estudos de Michel J. Crozier, Samuel Huntington e Joji Watanuki sobre as nações da Europa, da América do Norte e Japão, confrontados com uma *crise da democracia* nos anos de 1960 a 1970. Essa crise redundou desintegração do poder civil, quebra de disciplina social, debilidade de líderes e alienação dos cidadãos. Os autores, sob a perspectiva histórica dessa crise da democracia, refletem sobre dois fatores: o surgimento de ativismo político radical ocorrido nas democracias industriais avançadas e o impacto de crises econômicas, como a do petróleo, que resultaram em décadas de elevada inflação, lento crescimento e demandas sociais não atendidas. Esses fatores colocam em questionamento a própria legitimidade das autoridades. Os problemas enfrentados pelas democracias contemporâneas, com ênfase na incapacidade de produzir respostas às demandas dos cidadãos, constituem terreno fértil para a revisão da *democracia representativa* nos termos em que institucionalizada. Abre-se espaço para debate de fórmulas de *democracia participativa* sob determinadas condições, de que é exemplo a posição de Carole Pateman¹¹.

¹⁰ (Disaffected Democracies, 2000: 3-27).

¹¹ (Participação e Teoria Democrática, 1992 [1970]: 9-34; 35-64).

3. Democracia e legitimidade

A democracia, como *procedimento eleitoral* de provimento de cargos (posição liberal) ou como *participação popular* no governo (posição social), passa pela discussão do conceito de *legitimidade*, apesar de ser possível a verificação de *legitimidade* também em governos não democráticos. A discussão é posta com marco nos conceitos sociológicos fundamentais construídos por Weber¹² a partir da pedra angular da ideia de *sentido subjetivamente visado*. A referência é o *telos*, o alvo da ação humana. A significância da ação para a sociologia weberiana perpassa necessariamente pela afetação. A ideia não é inédita. Hans Welzel¹³ já dera os primeiros passos para estruturar esse pensamento no campo do direito penal. O que se inaugura com o pensamento weberiano é a sistematização do sentido subjetivamente visado.

A qualificação da ação como social se dá com essa orientação subjetiva do sentido pelo comportamento de outros em qualquer momento. Não é ação social se a orientação é afetada diretamente a coisas, como o interesse pela água quando se está com sede. A orientação da ação social (*o sentido subjetivo*) pode ser racional referente a fins (*expectativa de êxito que opera efeito de condição ou meio*), racional referente a valores (*crença em valor ético, estético ou religioso*), afetiva (*emocional*) e tradicional (*pelo costume arraigado*). A ação social se insere e qualifica como uma relação social no caso de comportamento reciprocamente referido quanto ao seu conteúdo de sentido por uma pluralidade de agentes. Ao enfatizar a probabilidade de que se aja socialmente numa forma indicável com a consistência da relação social, Weber dá a medida que tem do objeto das ciências sociais (incluído a ciência política) como ciência tendencial ou probabilística, não radicalizando os postulados positivistas para conferir estatura científica a esse ramo do conhecimento.

A ação social e a relação social podem ser subjetivamente orientadas pelos participantes pela representação de uma *ordem legítima*. A probabilidade de que isso ocorra corresponde à vigência, ou seja, o agir esperado decorre do sentimento de que a violação dessa ordem além de prejudicial seria abominada racionalmente referente a valores. A vigência está no campo do sentimento do dever. O conteúdo do sentido dessa relação social é chamado de ordem quando se orienta por máximas indicáveis, tratando-se de vigência dessa ordem quando a orientação pelas referidas máximas se dá por respeito à ação (*como obrigação ou como modelo de comportamento*). Tanto identifica a legitimidade da ordem.

¹² (Economia e Sociedade, 2004 [1972]: 19-22; 139).

¹³ (El Nuevo Sistema del Derecho Penal; Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista, 1964).

O que garante a legitimidade de uma ordem pode ser a atitude interna (*de modo afetivo, racional ou religioso*) e as expectativas de consequências externas.

O fechamento para fora de uma relação social comunitária ou associativa decorre de motivo racional (*telos*) para proporcionar vantagens aos participantes tais como segurança ou qualidade. Weber considera especificamente associação a relação social fechada para fora, vedada, pois o acesso a terceiros, ou cujo acesso seja regulado sob determinada ordem. A associação pode ser dotada de um dirigente ou de um quadro administrativo, também com o poder de representação. A direção ou participação nas ações do quadro administrativo, o que Weber chama de poderes de governo, ou são apropriados ou delegados a determinadas pessoas em conformidade com a ordem vigente da associação. A ação da associação corresponde à ação do próprio quadro administrativo, *legítima* por estar em conformidade com a respectiva ordem, bem assim ação dos participantes da associação dirigida pelas ordenações do referido quadro.

A ordem no âmbito da associação pode decorrer de acordo livre ou por imposição (*o foco está no polo ativo da relação*) ou submissão (*o foco está no polo passivo da relação*). Adverte Weber que imposição significa não provir de acordo, o que alcança as situações majoritárias que impõem ações em face dos minoritários. Introduce o conceito de constituição de uma associação como a probabilidade efetiva de haver submissão ao poder impositivo do governo segundo condições, as quais podem advir da ordem vigente, de consulta ou assentimento de grupos ou facções de membros da associação. Ao qualificar de efetiva, Weber aproxima o seu conceito de constituição ao de Ferdinand Lassale¹⁴, vale dizer que transcende ao conceito de constituição escrita, jurídica ou meramente formal, para abarcar o conceito de constituição sociológica ou material. Seria uma constituição-fato, realista ou do ser, ao passo que, em oposição, a constituição jurídica seria uma constituição-hipótese, ideal ou do dever-ser. Se referenciado pela cronologia existencial do ser, a constituição-fato, sociológica ou política, por estar no passado, pertence à *física*; a constituição jurídica, de existência normativa, ao prover uma realidade para o futuro, está na *metafísica*.¹⁵

Poder, embora tido por Weber como um conceito sociologicamente amorfo, significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, ainda que encontre

¹⁴ (A Essência da Constituição, 1985).

¹⁵ Aliás, *en passant*, caberia n'outra oportunidade desenvolver a hipótese das causas de imperfeição do conceito de democracia no sistema liberal, que não logra êxito conciliar razoavelmente a garantia procedimental de eleições e a garantia substancial de soberania popular, possivelmente em face de resíduos de argumentação fundados na lógica normativa deixada pelos juristas ao tempo em que influenciaram com seu método a condução da ciência política até a primeira metade do século XX, desconectados da realidade social e cultural. Isso constitui uma preocupação constante para articular meu pensamento em ciência política dado minha formação jurídica conduzida na linha positivista, ora em revisão. Então – proponho –, qual teria sido o grau de influência das ciências jurídicas na formulação da teoria liberal da democracia entre o final do século XIX até a metade do século XX no que tange à técnica de argumentação lógico-formal?

resistências, sendo indiferente o fundamento dessa probabilidade. O poder corresponde à dominação na razão da probabilidade de encontrar obediência a uma ordem, ao passo que corresponde à disciplina na probabilidade de encontrar obediência pronta a uma ordem. Aí está a aplicação sistemática da visão sob ângulo ativo (*imposição=dominação*) e passivo (*aceitação=disciplina*). A associação de dominação é denominada associação política quando e na medida em que sua subsistência e a vigência de suas ordens, num determinado território, estejam garantidas de modo contínuo sob ameaça de aplicação de coação física por parte do quadro administrativo.

Desse modo, propõe Weber, uma empresa com caráter de instituição política denomina-se Estado quando e na medida em que seu quadro administrativo reivindica com êxito (e aqui já não fala mais de probabilidade porque está tratando de fato atual) o monopólio legítimo da coação física para realizar as ordens vigentes. Por isso, uma ação social será politicamente orientada na proporção em que tenha por fim (aplicação do conceito da ação com sentido subjetivo) a influência da direção de uma associação política, com ênfase para a apropriação ou expropriação, a nova distribuição ou atribuição de poderes governamentais.

Dominação para Weber é a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas dentro de determinado grupo de pessoas. O núcleo desse conceito está na eficácia passiva do exercício do poder. Essa obediência ou submissão pode ser motivada desde o hábito inconsciente até considerações racionais. A vontade de obedecer ou interesse na obediência integra a relação autêntica de dominação.

Os meios e fins econômicos não são necessariamente essenciais à dominação, mas não se cogita de dominação sem um quadro administrativo de pessoas para dar execução, sob vinculação à obediência do senhor, ou senhores, por costume ou afeição ou ainda por interesses materiais ou ideais (razões de valores). É a natureza desses motivos que vai determinar o tipo de dominação. No caso de motivos puramente materiais e racionais, bem assim afetivos, racionais de valores ou mesmo pelo costume, para os fins da vinculação entre o senhor e o quadro administrativo significam uma relação relativamente instável. *O que torna a relação de dominação confiável é a crença na legitimidade.* Daí, dependendo da natureza da legitimidade pretendida, difere o tipo de obediência e do quadro administrativo destinado a garanti-la, bem como o caráter da dominação.

Weber classifica em três os tipos puros de dominação legítima: racional, também chamada de dominação legal (impessoal, objetivo e legalmente estatuído); tradicional, baseado na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre (linhagem imemorial); e carismático, baseado na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter

exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas. Adverte Weber que esses tipos de dominação não se encontram na forma pura absoluta na realidade histórica; são tipos ideais, admitindo, pois, gradação e combinação entre eles, donde se poder verificar, por exemplo, situações de uma dominação racional-carismática na Era Vargas, quando a obediência ao governante se baseava tanto na força dos estatutos legais quanto na figura pessoal e carismática de Getúlio Vargas.

A partir desses conceitos pode ser concebido o de dominação estamental como aquela forma de dominação em que certos poderes e as correspondentes oportunidades econômicas estão apropriados pelo quadro administrativo, que pode se dar por parte de uma associação ou de uma categoria de pessoas, ou por parte de um indivíduo. Daí se tem que dominação estamental significa sempre limitação da livre seleção do quadro administrativo pelo senhor pela apropriação dos cargos ou poderes de mando, seja por parte de uma associação, seja por uma camada social estamentalmente qualificada; frequentemente a apropriação dos cargos e, portanto das oportunidades aquisitivas proporcionais a eles, apropriação dos meios materiais de administração e apropriação dos poderes de mando por parte de cada membro individual do quadro administrativo.

4. Democracia e *accountability*

José Antônio Cheibub e Adam Przeworski¹⁶ examinam a validade empírica das seguintes proposições: “*a democracia é um regime político que se distingue pela responsabilidade dos governantes perante os governados*” e “*é por meio de eleições que esta responsabilidade é garantida*”. Segundo os autores, a lógica de relacionamento dessas variáveis decorre de uma causalidade em círculo: a democracia garante a responsabilidade política porque é um regime cujos *governantes são escolhidos por eleições* e porque a *responsabilidade política é garantida pelas eleições*. A variável central do silogismo está na possibilidade de *eleições periódicas*, pois são elas como procedimento de provimento de cargos que qualificam a democracia ao permitirem a participação popular no governo mediante representação. Não basta uma *eleição*; devem ser *periódicas*. Portanto, os mandatos de representação devem ser periódicos e renováveis. É por ocasião das eleições que o povo exerce o ***controle de responsabilidade política***, julgando politicamente os representantes. Se aprovados, pelo voto podem ser reconduzidos aos mandatos; se rejeitados, também pelo voto podem não se reconduzidos.

¹⁶ (Democracia, Eleições e Responsabilidade Política: RBCS, 1997).

Andrew Arato¹⁷ enfatiza o “*hiato entre cidadão e governo*”, que pode ser reduzido mediante o atendimento de certas demandas, dentre elas destacando a *accountability* como “*a razão mais importante para que o hiato das democracias modernas entre representantes e representados não constitua uma nova forma de autocracia*”. Desse modo, o cidadão moderno “*reposiciona o governante potencial das repúblicas passadas não apenas por ser a fonte de sua legitimidade, mas também por ser portador dos mesmos direitos*”. Os direitos do cidadão garantidos pelo constitucionalismo se qualificam como limitadores dos governantes e operam efeitos de legitimação da democracia representativa. Apesar dessa relevância, o constitucionalismo não basta para resolver todos os problemas. Isso porque embora detendo poderes limitados, é possível que a legislatura os use de modo injusto; podem ser editadas leis em desrespeito à Constituição. Constituindo-se (por definição do autor) a legislatura e o judiciário como estruturas aristocráticas e ocorrendo confronto entre elas em face da edição de leis ofensivas à Constituição, tem-se a potencialidade de crise de legitimidade democrática. Essa crise é passível de instauração porque a estrutura legislativa, sendo provida mediante eleição popular, é detentora de maiores possibilidades democráticas do que os juízes não eleitos; mais grave ainda se torna quando os juízes sejam ocupantes de cargos vitalícios (inexistência de renovação de mandatos).

Conforme acima o modelo de “*representatividade descritiva*” em Pitkin, não há como negar o maior grau de adequação para com os representados se numa sociedade plural ressaltarem as diversas posições dos sujeitos representados. Registra que a deliberação, a identificação e a similitude fornecem apenas as ligações sociologicamente plausíveis entre representantes e representados. A *accountability* não vincula os representantes a determinados objetivos ou encargos demandados pelos representados, mas sem dúvida limita e restringe o comportamento dos representantes na proporção das suas pretensões de reeleição. O que é avaliado no momento da *accountability* é seu desempenho geral, tanto que no caso de ocorrer distanciamento do ponto de vista dos eleitores, mas se ainda assim for percebido como sucesso pelos representados, os representantes podem ser absolvidos. Daí, conforme Pitkin, tanto maior será a eficácia da *accountability* quanto mais valorizado for esse procedimento de controle e avaliação pelo próprio representado.

O certo é que o procedimento de *accountability* tem como pressuposto e finalidade a possibilidade de eleições para mandatos temporários. Tem natureza de juízo e controle político dos governantes porque esses agem politicamente. De outro modo, sempre que alguma estrutura do Estado tiver atribuição para agir na arena política, sistematicamente deverão os respectivos

¹⁷ (Representação, Soberania Popular e Accountability: Lua Nova, 2002).

membros governantes se submeter ao procedimento de *accountability*, cujo pressuposto é a periodicidade de mandatos providos mediante eleições. Onde não couber procedimento de *accountability*, seja pela duração indeterminada do mandato, seja pela inexistência de eleições para provimento desses cargos, não se poderá aceitar legitimamente o exercício de função política.

Os três problemas fundamentais decorrentes da necessidade de representação na democracia contemporânea (*a separação entre governantes e governados, a formação de uma elite política distanciada da massa da população e a ruptura do vínculo entre a vontade dos representados e a vontade dos representantes*), nomeados por Luis Felipe Miguel¹⁸, demandam resposta comum: *accountability*, que pode ser *horizontal* (controle recíproco entre os Poderes) e *vertical* (controle direto dos Poderes pelo povo).

A *accountability horizontal* se passa muito mais no plano técnico do direito, em procedimento no qual se asseguram as garantias dos acusados em geral, como *due process of law*, contraditório, ampla defesa, recursos, instrução probatória, publicidade. São exemplos de *accountability horizontal* o controle externo de contas de todos os Poderes pelo Tribunal de Contas da União, de probidade de todos os Poderes pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, de legalidade dos atos de todos os Poderes pelo Judiciário e a competência de veto do Executivo no processo legislativo. No plano de avaliação política ocorre quase protocolarmente, com ênfase em composições que tendem a escapar do conceito de controle ou de fiscalização, ao menos no que tange a resultados efetivos, como, por exemplo, a sabatina pelo Senado das indicações do Executivo para provimento de cargos de ministros do Supremo Tribunal Federal. Portanto, a *accountability horizontal*, não obstante a essencial importância para o funcionamento regular das instituições democráticas, traduz-se muito mais em um contencioso em que não se pode rigorosamente falar de *exercício de soberania*.

A *accountability vertical*, mediante o grande júri em que se converte o colégio eleitoral por ocasião das eleições, diferentemente da *accountability horizontal*, na relação que se instaura entre os cidadãos e os políticos, se submete exclusivamente às regras do processo eleitoral. Esse rito procedimental não segue aqueles princípios clássicos dos contenciosos contraditórios, aplicáveis na *accountability horizontal*. Os cidadãos no rito de *accountability vertical* assumem o papel de inquisidores, de árbitros definitivos, cujas decisões em instância única não são publicadas, não são motivadas, não são contraditadas, não são recorríveis. Por isso são

¹⁸ (A democracia e a crise da representação política: a *accountability* e seus impasses. Trabalho apresentado no VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências).

absolutamente soberanas. Daí razoável concluir que a *accountability vertical* é decorrência da *absoluta soberania popular por excelência*.

Evidentemente a qualidade da *accountability vertical* depende do grau de autonomia do cidadão em relação ao político. Não há autonomia no cidadão afligido pela insatisfação de necessidades básicas (alimentação, vestuário, habitação, saúde, segurança civil, trabalho, lazer). Também se questiona a redução de autonomia para o pleno exercício da *accountability vertical* pela redução da capacidade de avaliação decorrente dos aparelhos ideológicos e de outras formas contemporâneas de subjugação moral (sociedade e cultura).

5. A função judicial e a judicialização da política

Está se firmando tanto na academia quanto no senso comum a distinção entre “*politização do judiciário*” e “*judicialização da política*”. São ênfases distintas e devem ser aproveitadas, mas também com significado distinto. Por isso proponho a hipótese de significação distintiva que se segue.

A “*politização do judiciário*” diz respeito ao comportamento externo do judiciário, identificado pela ação cometida ou omitida ou pela intenção revelada de membros do Poder Judiciário nessa condição de interferir na arena política. São situações que indicam a “*politização do judiciário*” quando membro do Judiciário, usando de sua posição funcional, mas em *desacordo com o procedimento legal* e externamente ao ambiente técnico do judiciário, influencia ou tenta influenciar, direta ou dissimuladamente, os atos do governo ou do legislativo no âmbito das respectivas atribuições reservadas, como eleição de governantes e nomeação de autoridades, relatórios e votações de comissões parlamentares temáticas ou disciplinares. A “*politização do judiciário*” se dá na esfera pessoal dos membros e não se confunde com a esfera institucional do Judiciário, mesmo quando ocorra em ação coletiva. A “*politização do judiciário*” é do campo jurídico por se qualificar como fato ilícito, até mesmo, em tese, passível de tipificar crime de responsabilidade e conduta ímproba punível com perda de cargo. Esse tema não é objeto desse ensaio.

O objeto da discussão é a “*judicialização da política*”, que ocorre no comportamento interno do Poder Judiciário, identificado no funcionamento regular dos procedimentos judiciais, apenas se distinguindo dos demais procedimentos judiciais não qualificáveis como de “*judicialização da política*” por terem consequências *políticas* além das consequências jurídicas. A função tradicional do Judiciário é restrita ao julgamento de conflitos concretos (litígios entre partes determinadas, determináveis e, quando difusas, representadas em juízo por partes determinadas) e de conflitos em tese (litígios abstratos de controle de constitucionalidade de

leis). De uma forma bastante singela, mas suficiente para encaminhar a discussão, formula-se a hipótese¹⁹ para diferenciar a atuação tradicional da nova atuação dita de “judicialização da política” o fato da antiga *não criar direito novo para o cidadão* e o da nova *criar direito novo*, de modo que o Judiciário se transmuta em arena política tanto quanto o é o legislativo.

Conquista memorável do *liberalismo* no embate entre a esfera privada do cidadão e o poder do Estado foi a estabilização da garantia de que *ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei*. O Judiciário tradicionalmente não é a fonte normativa da obrigação. Somente o Legislativo pode validamente criar a lei nova, fonte de direito novo. Nem quando o Judiciário decreta a inconstitucionalidade da lei estaria alterando a ordem jurídica, porque aí, sendo editada a lei contrariamente à Constituição, já nasce viciada. O afastamento da lei inconstitucional na verdade é restauração da ordem ofendida. Tanto é assim, que ao decretar a inconstitucionalidade da lei, se o seu efeito já fora produzido, será ele desconstituído desde a edição da lei julgada nula. Portanto, o Judiciário nada mais faz do que restabelecer a ordem jurídica, retornando-a à normalidade constitucional. Julgar a lei inconstitucional nada mais é do que constatar uma patologia jurídica. Não há alteração da ordem jurídica.

Todavia, paulatinamente o Judiciário vem exercendo função tipicamente *legislativa* na medida em que, omissos os demais Poderes, para evitar mal maior, produz decisões cujo dispositivo impõe *direito novo*, ou seja, obrigação antes não prevista em lei. Assim, o Supremo Tribunal Federal sinalizou na sessão de julgamento de 07/06/2006²⁰, que se o Congresso não cumprir seu papel de legislar, o Judiciário o fará, quando direito previsto na Constituição não puder ser exercido por omissão dos parlamentares ou do Presidente da República. O Supremo Tribunal deu um passo importante para a efetiva aplicação do Mandado de Injunção, dispositivo previsto na Constituição de 1988, mas pouco utilizado, até pela resistência conservadora do próprio Judiciário. Com o Mandado de Injunção, o Judiciário determina que o Legislativo legisle sobre dispositivos da Constituição que não podem ser aplicados por falta de

¹⁹ Atento à crítica de Luiz Felipe Miguel a essa interpretação ainda não consolidada, há que ser aprofundada a discussão e testada a razoabilidade da hipótese formulada.

²⁰ (Ver diversas entrevistas com ministros do STF no *site Consultor Jurídico*: Novos tempos. Supremo quer dar caráter efetivo ao Mandado de Injunção, por Aline Pinheiro; Mandado de Injunção 670-9 Espírito Santo, Relator Min. Maurício Corrêa, Impetrante Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – Sindpol, Impetrado Congresso Nacional; Vozes do Supremo - Juiz não tem de decidir questões político-partidárias, por Maria Fernanda Erdely; Em nome da Constituição - O Judiciário não governa, mas ele governa quem governa, por Maurício Cardoso; Supremo Constituinte - Juízes devem ter papel mais ativo na interpretação da lei, por Márcio Chaer; O Supremo governa Tribunal reescreve a Constituição e assume novo papel, por Márcio Chaer; Troca da guarda - Novo STF derruba anacronismos e muda jurisprudência, por Márcio Chaer; Combate à omissão Judiciário pode mandar Executivo implementar políticas públicas, por Adriana Aguiar; Tripartição do Poder - O balanço entre a harmonia e a independência, por João Antonio Wiegnerinck). Combate à inércia STF tem dado ao Mandado de Injunção papel decorativo, por Hugo Filardi).

regulamentação. Até então, o dispositivo tinha efeito declaratório apenas. Com a nova posição, assume caráter mandamental e normativo ao preencher o vácuo dos demais Poderes.

A nova posição manifestada no voto do ministro Gilmar Mendes, pioneiro pelo esgotamento de razões, vai mais longe do que apenas ordenar ao Legislativo que cumpra o seu dever de legislar. Diante da independência dos Poderes essa “*ordem*” não tem como ser cumprida forçadamente. A posição extraída do voto do ministro está em que se o Legislativo não exercer sua competência para editar a lei, caberá ao Supremo Tribunal interferir e fazer o direito do cidadão valer mesmo assim. No caso em questão foi discutido o direito de greve dos servidores públicos. Para o ministro Gilmar Mendes não havendo lei que regulamente esse direito, devem valer as mesmas regras que se aplicam para os trabalhadores do setor privado, não obstante a evidente diferença de regimes jurídicos de uma e outra categoria de trabalhadores. A aceitação e o reconhecimento ostensivo da tese sustentada pelo ministro Gilmar Mendes indicam que uma nova era está nascendo nas relações entre os três poderes, restando evidente a função de “*judicialização da política*” ou a de criação do direito novo, típica função política primária, a partir do Judiciário sem a participação dos demais poderes.

Boaventura de Sousa Santos²¹ dá notícia da ocorrência desse fenômeno político também em Portugal, onde as relações entre o Judiciário e os demais órgãos do sistema político encontram-se sob tensão. Boaventura de Sousa Santos sobre o conceito da judicialização da política, embora concorde qualificar o fenômeno pelo efeito político do ato jurídico como proposto acima, abre variante teórica que não se encaixa na proposta do presente estudo: primeiro, ao vislumbrar que a judicialização da política conduziria à politização da justiça; segundo, por classificá-la em dois níveis. O primeiro nível, dito de *baixa intensidade*, quando membros isolados da classe política são investigados e eventualmente julgados por atividades criminosas que podem ter ou não a ver com o poder ou a função que a sua posição social destacada lhes confere; outra dita de *alta intensidade*, quando parte da classe política, não podendo resolver a luta pelo poder pelos mecanismos habituais do sistema político, transfere para os tribunais os seus conflitos internos através de denúncias cruzadas, quase sempre através da comunicação social, esperando que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou mesmo o liquide politicamente. Sob essa referência Boaventura de Sousa Santos considera a “*operação mãos limpas*”, desencadeada pelo Ministério Público italiano, no início da década de noventa, uma forma de judicialização da política de alta intensidade, enquanto a que ocorreu ao longo da década na Espanha, Bélgica e França foi de baixa intensidade.

²¹ (A Judicialização da Política, 2003).

A situação descrita pelo autor não se enquadraria nem sob o conceito de “*judicialização da política*” nem no de “*politização do judiciário*” nos termos em que proposto neste trabalho. O que está descrito por Boaventura de Sousa Santos – *investigação e processamento criminal de autoridades políticas, individualmente (de baixa intensidade) ou em grupos (de alta intensidade)* – corresponde à tradicional função do Judiciário (*judicial review*). O fato de serem autoridades políticas não constitui elemento de isenção de responsabilidade criminal. O que pode existir é conflito de procedimentos entre os Poderes, quando a autoridade política tiver foro privilegiado ou cujo processamento durante o curso do mandato depender de prévia licença parlamentar. Mas aí o Judiciário nada mais está fazendo do que atuar na sua função tradicional. O que pode estar causando perplexidade é a possível mudança de postura, de apatia ante as denúncias de crimes para atuação veemente. O caso da “*operação mãos limpas*” ocorrido na Itália nada mais representou do que a recuperação plena e efetiva pela magistratura de seu poder constitucional regular de processar e julgar os criminosos, independentemente das dificuldades materiais. Essa tomada de posição nada tem a ver com alguma *judicialização da política*, nem mesmo com *politização do judiciário*. Ao contrário, a apatia, a omissão do Judiciário em perseguir os criminosos comuns ou autoridades políticas, é passível de qualificação de crime de prevaricação (deixar de cumprir o dever a que está vinculado por seu ofício público). A *judicialização da política* que nos interessa aparece na atuação do Judiciário de tomar a si a formulação da política pública, no rastro da omissão dos demais poderes. Isso ocorre quando, por exemplo, o governo e o Legislativo se omitem em resolver os impasses gerados por equívocos nas cláusulas financeiras de contratos de massa, tipos *financiamento imobiliário* ou *serviços públicos de telefonia, eletricidade e água e esgoto*. Nesses casos o Judiciário não apenas afasta a ilegalidade eventualmente existente em tais contratos, mas *acrescenta cláusulas* que passam a regular direito novo antes não existente. Aí se caracteriza a *judicialização da política*.

6. A judicialização da política e a democracia em crise

A academia e o senso comum têm aplaudido o movimento do Judiciário no exercício da função judicial para a resolução de questões que anteriormente eram reservadas à arena política tradicional (parlamento). Os movimentos sociais, as organizações não governamentais, as corporações profissionais e de categorias econômicas, em suma a sociedade civil em geral, comemora entusiasticamente a capacidade e celeridade do Judiciário no enfrentamento desses problemas: ambientais, de consumo, de conjuntura econômica, trabalhistas, previdenciários e tributários. É inegável a qualidade do mérito para o bem comum da *judicialização da política*.

Essas ordens de problemas, como são postas ao conhecimento do Judiciário, trazendo propostas de efeitos políticos, não se constituem tipicamente como problemas jurídicos em sentido estrito. São categorias de problemas não regulados pelo Estado no ponto em que questionados. Esses problemas compõem no conjunto a matéria própria do que se convencionou chamar de políticas públicas. As arenas em que tais problemas deveriam ser encaminhados se formam na sociedade civil, nos espaços públicos de debates, nos parlamentos legislativos ou mesmo nos departamentos administrativos do governo.

O procedimento de formulação das políticas públicas nessas arenas é aberto. Qualquer cidadão está apto a participar, individualmente, em grupos ou representados. Não existe qualquer requisito formal, senão evidentemente o de se qualificar como cidadão. Os debates privilegiam o mérito das políticas públicas. Não se levantam questões de forma ou procedimento. Essas arenas têm em comum estarem ligadas com a sociedade por canais de comunicação de mão e contramão intensas e permanentes. O termômetro de adequação do que se formula nas arenas políticas é a *opinião pública*.

O processo de formulação, a adequação e a qualidade das políticas públicas constituem o material disponível para instruir a convicção dos cidadãos por ocasião do sufrágio. Em princípio pode-se até duvidar da eficácia da *accountability vertical* sabendo-se que esse julgamento é sempre *a posteriori*. O controle se faria sempre após a consumação das políticas públicas, acertadas ou erradas, segundo veredito popular. Não é bem assim. Sob a perspectiva do político, sobretudo aquele que faz da política atividade permanente ou profissional, é questão crucial acompanhar as variações de aceitação ou de rejeição manifestadas ou reveladas na sociedade civil. Se de um lado a *accountability vertical* se dá sempre *a posteriori*, a certeza de que se dará sempre e periodicamente constitui elemento de ameaça de sanção política com relevante efeito diretor ou influenciador de condutas.

O Judiciário tem estrutura profundamente diferente da estrutura daquelas arenas políticas. O provimento de cargos do Judiciário não passa pela manifestação prévia dos cidadãos. O ingresso na carreira de magistrado se dá mediante concurso público de provas e títulos. É o próprio Judiciário que organiza, aplica e julga as provas de seleção. O acesso aos cargos dos Tribunais é reservado aos magistrados de primeiro grau na quantidade de 3/5 (três quintos) das vagas, sendo alternadas uma por antiguidade e outra por merecimento por escolha dos membros do próprio Tribunal.

Do total do Tribunal, 1/5 (um quinto) é reservada aos membros do Ministério Público e 1/5 (um quinto) aos advogados. O órgão do Ministério Público e os advogados, geralmente por eleição interna de seus próprios membros (Ministério Público) ou de seus conselheiros (Ordem

dos Advogados do Brasil), escolhem lista sêxtupla que são encaminhadas ao Tribunal; os membros do Tribunal reduzem essas listas sêxtuplas para listas trípticas, que são submetidas ao Presidente da República no caso de Tribunais Federais ou ao Governador no caso de Tribunais Estaduais, que dentre eles nomeará um do Ministério Público e dos advogados para o referido Tribunal.

Nomeados os juízes, seja por admissão no início da carreira mediante concurso, seja nos Tribunais por promoção ou preenchimento dos quintos, terão as seguintes garantias: vitaliciedade (sujeitos unicamente à aposentadoria compulsória pelo limite de idade ou em caso de cometimento de ilícito); inamovibilidade (impede que sejam transferidos de cidade, salvo vontade própria); e irredutibilidade de vencimentos.

O elevado grau de exigência de conhecimento acadêmico para aprovação nos concursos de provimento de cargos iniciais de juiz (selecionando o melhor), associado ao modelo de auto-reprodução decorrente do modelo autonômico de escolha de critérios, correção de questões e julgamento das reclamações nessas provas, opera efeito de formação de *hegemonia de referências teóricas das ciências jurídicas*. O sistema de provimento dos cargos dos membros dos Tribunais, que revela condicionante de apreciação de perfil subjetivo identificado com a maioria daqueles membros, opera efeito de formação de *hegemonia de percepção do mundo*. Esses são fortes ingredientes para formação de uma estrutura funcional dotada de elevada capacitação técnica e distinta erudição, podendo ser vista como uma *aristocracia funcional hegemônica*, tendente a se ver mais preparada do que os outros órgãos para conhecer e resolver os problemas do Estado²². Aliás, cumpre destacar que um dos pontos de destaque na qualidade funcional do Judiciário brasileiro é o elevado nível intelectual comparativamente aos membros dos demais poderes²³.

Todos os problemas que causem ou ameacem causar lesão a direitos são passíveis de serem levados ao julgamento do Judiciário. Mas devem necessariamente obedecer a regras procedimentais de rigor técnico somente conhecido pelos juízes, advogados e membros do Ministério Público. Grande quantidade de processos não passa do primeiro grau de jurisdição (juiz singular) por defeitos de procedimento, que impedem os juízes de julgar o mérito da questão. É comum noticiarem os jornais que o Supremo Tribunal Federal não julgou um *habeas corpus* porque continha erro de formalidade.

²² Hipótese interessante a relação entre a formação intelectual dos membros do Judiciário e a atual inclinação para avançar na função de *judicialização da política*.

²³ A Constituição da República exige *notável saber jurídico* para a nomeação de membros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, os ministros desses Tribunais gozam de presunção constitucional de saber jurídico, permitindo que possam exercer a docência no grau superior mesmo não doutores ou mestres.

A importância da formalidade no trato dos problemas jurídicos é de tal ordem que os cursos de direito costumam adquirir mais *status* na medida em que reservem entre 30% e 50% da carga horária para ensino de *processo*. É o domínio do processo o grande instrumento do advogado de sucesso e, quem sabe, a grande proteção à reserva técnica de mercado; mas existe corrente muito relevante nas escolas de direito, que têm visão contrária e vêem os cultos exacerbados do processo como a lápide da justiça.

Juízes, advogados e Ministério Público têm formação acadêmica igual: mesmos conteúdos de estudo e professores. Atuam diuturnamente no mesmo ambiente e compartilham idêntica visão de mundo. Quando são escolhidos representantes de advogados e do Ministério Público para compor o quinto dos Tribunais são veementes os indícios da existência de laços de alinhamento dos candidatos com os membros do Tribunal. De outro lado, não existem trabalhos definitivos de pesquisa que demonstrem algum tipo de prévio alinhamento de posições dos membros dos Tribunais nos julgamentos em razão da origem funcional a partir da advocacia ou do Ministério Público.

Em suma, o que caracteriza a estrutura do Judiciário são os seguintes pontos: 1) provimento inicial de cargos, embora aberto ao público, submetido a critérios autonômicos, sem controle popular; 2) composição majoritária dos membros dos Tribunais proveniente de juízes de concurso; 3) identidade de posições entre os nomeados para o quinto dos advogados e do Ministério Público para com os demais membros dos Tribunais; 4) função vitalícia e independência funcional plena.

Esse modelo de estrutura foi concebido historicamente a partir das atribuições tradicionalmente reservadas ao Judiciário, que é, em suma, resolver litígios aplicando a lei aos fatos que lhes são submetidos. A construção do direito jurisprudencial, compreendendo o conjunto dos julgados dos Tribunais, sempre se pautou pela vinculação de algum modo ao direito posto pelos demais Poderes. Não cabia ao Tribunal fazer o direito novo. Até no caso dos Tribunais da *commom law*, onde não existe ou é escasso o direito escrito, o Judiciário não tira o direito exclusivamente da própria convicção; os costumes são as fontes primárias do direito, por isso direito consuetudinário.

Quando o Judiciário infla a sua competência na função de *judicializar a política*, alterando a ordem jurídica com o direito novo, é dada a palavra final. Não existe a possibilidade dos cidadãos promoverem a *accountability* sobre o Judiciário, porque não existem mandatos populares nem temporários. Indaga-se, pois, se haveria como justificar razoavelmente função dessa natureza, capaz de alterar substancialmente a ordem jurídica no campo das políticas

públicas, sem que fosse dado aos cidadãos o exercício da *soberania popular* para controlar tais funções?

Poder-se-ia apresentar a objeção de que o provimento de cargos de ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça estaria submetido ao prévio controle dos demais poderes: indicação do Presidente da República e aprovação da indicação pelo Senado, cuja representação política é legitimada mediante eleições diretas. Ocorre que o controle exercido pela sociedade é sempre *a posteriori*. Se os mandatos de ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são *vitalicios*, então estaria retirada da sociedade a possibilidade de julgar o desempenho desses ministros. Sem dúvida, a essência do controle popular não se exaure no provimento do cargo público. É por ocasião da renovação do mandato que se dá a oportunidade à sociedade de manifestar o soberano veredito. Evidentemente, isso pressupõe a temporariedade dos mandatos públicos.

Acena-se com a *legitimidade da judicialização da política* na medida em que as decisões de conteúdo normativo produzidas pelo Judiciário passem a ser objeto de consenso e, assim, a ter eficácia na sociedade sem a necessidade de uso de aparelhos de repressão. Eventual aplauso a esse avanço de espaço de poder pelo Judiciário, seja na sociedade civil, seja na academia, não é suficiente para validar hipótese de *legitimação*. Isso porque não é a sociedade civil o sujeito passivo direto da dominação política exercida pelo Judiciário. Se atentarmos para a natureza dos problemas que experimentalmente vêm sendo objeto da *judicialização* (questões ambientais, de consumo, de conjuntura econômica, trabalhistas, previdenciários e tributários), verifica-se que de alguma forma atendem ao interesse de blocos significativos da sociedade sem constituir ônus direto para outros blocos majoritários. Não se pode examinar *legitimidade* onde a dominação se materializa em bônus e não em ônus. O momento para teste da *legitimação da judicialização da política* dar-se-á quando a decisão trazer ônus para a sociedade civil.

Não obstante a carência de elementos atuais para teste de *legitimidade da judicialização da política*, não é a *legitimidade* atributo bastante por si para gerar a democracia. Como dito em Weber, apresenta-se *legítimo* o poder em face da probabilidade de encontrar sujeição na sociedade sem a necessidade de uso de aparelhos repressivos, vale dizer submissão passiva espontânea. Essa submissão, formada por consenso na sociedade, pode ser atribuída à tradição, ao carisma ou à investidura legal do poder. Nada tem a ver com a forma de provimento dos cargos de poder, nem com o nível de participação da sociedade no poder. Uma autocracia pode ser legítima sob essa referência. Contrariamente, uma democracia pode ser ilegítima, desde que a sociedade não forme consenso de aceitação espontânea dos atos de dominação, necessitando o

Estado fazer uso da violência para conferir eficácia ao poder. Além disso, a *legitimidade* não é imutável. A legitimidade forma-se e perde-se na razão direta desse consenso na sociedade.

É hipótese interessante a ser discutida a relação entre *legitimidade* e *accountability*. Suponha-se de um lado a sucessão de avaliações negativas formadas na sociedade civil a propósito das opções de formação ou alteração de políticas públicas levadas a efeito pelo Judiciário e, de outro lado, a impossibilidade de manifestação popular por ocasião de eleições para provimento de cargos no Judiciário. O represamento desse descontentamento popular tende a corroer aquele consenso que promovia a submissão espontânea à dominação do Judiciário. Então, a inexistência de eleições para o provimento ou recondução desses cargos impossibilitaria o exercício do procedimento de *accountability vertical*. O resultado dessa combinação seria a desconstituição da *legitimidade* do Judiciário.

O procedimento de provimento dos cargos do Judiciário não guarda nenhuma proximidade com qualquer modelo de *representação*, salvo se for considerado o papel do Senado na aprovação dos nomes indicados pelo Presidente da República par compor os quadros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, cuja *legitimação política* estaria suportada nos votos que elegeram senadores e Presidente da República. Desse modo, ao menos *diretamente* o Judiciário não representa a sociedade nem institucionalmente nem politicamente. Todavia, é órgão político na medida em que detém parcela relevante de poder para aplicar a lei e dirimir conflitos. Situa-se numa escala intermediária entre a burocracia técnica e os políticos. Aproxima-se da burocracia enquanto organizado racionalmente para resolver problemas mediante uso da técnica jurídica; da política enquanto, como os demais agentes políticos, recebe sua atribuição diretamente da Constituição e seus membros não se submetem à hierarquia.

Não obstante a qualidade inegável do Judiciário no desempenho de suas funções, adverte-se dos riscos de constituição de uma *tiranía velada*, sob a forma de uma *aristocracia funcional intelectual*. A sugestão refere-se a riscos futuros, principalmente em face da indução da desmobilização da sociedade civil e o desmantelamento das instituições inerentes à democracia.

7. Conclusão

Em si a “*judicialização da política*” não representa um mal. O que preocupa é a existência de uma função de poder do Estado que produz efeitos inovadores no campo das políticas públicas e não se submete ao procedimento de “*accountability vertical*”. Sugere-se, apenas para ilustrar a discussão, a hipótese de atribuição reservada da função de “*judicialização política*” a uma corte especialmente criada. Os mandatos dessa corte seriam temporários,

providos mediante eleição, que poderia ser direta ou indireta, essa mediante um colégio eleitoral cuja composição teria origem no sufrágio universal. Seria condição para concorrer a esses mandatos o preenchimento de predicados semelhantes aos que se exigem para o provimento de cargos de juízes. A hipótese é de estrutura geral. Outros mecanismos devem ser pensados respeitando-se a natureza da função e as cautelas que se deve ter para que os males próprios das arenas políticas comuns não venham de todo para essa nova corte. O provimento de cargos mediante eleições populares ou eleições por um colégio eleito pelo voto popular, para mandatos temporários, é a condição essencial para que o exercício da *judicialização da política* não conspire contra a democracia, contribuindo para o fortalecimento da *legitimidade*.

Quando se fala de democracia o certo é que só existe uma soberania: o povo. E só existe, por ora, uma maneira razoável de ser ouvida a manifestação dessa soberania, por mais defeitos que tenha: o sufrágio. Evidentemente deve ser ressaltado que o sistema de representação, trazendo em si a possibilidade de transferência em certa medida desse poder político popular, permite que se cogite da figura de *representante de representante*, modalidade de eleição indireta, que bem poderia ser aproveitada para o provimento de cargos no Judiciário. O importante é que, seja qual for o modelo, a soberania popular deve ser ouvida, sob pena de se descaracterizar a democracia.

8. Referências Bibliográficas²⁴

ARATO, Andrew. (2002) [2000], *Representação, Soberania Popular e Accountability*. Buenos Ayres, Lua Nova (A versão original deste texto foi apresentada na conferência “Políticas de Control Ciudadano en América Latina”, Buenos Aires, Universidad Torcuato di Tella, em maio de 2000. Publicado em Enrique Peruzzotti e Catalina Smulovitz (org.) *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias*. Buenos Aires, Editorial Temas, 2002. Também em Peruzzotti and Smulovitz (eds.) *Enforcing the rule of law. The politics of societal*

²⁴ Ver diversas entrevistas com Ministros do STF no *site Consultor Jurídico*: Novos tempos. Supremo quer dar caráter efetivo ao Mandado de Injunção, por Aline Pinheiro; Mandado de Injunção 670-9 Espírito Santo, Relator Min. Maurício Corrêa, Impetrante Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – Sindpol, Impetrado Congresso Nacional; Vozes do Supremo - Juiz não tem de decidir questões político-partidárias, por Maria Fernanda Erdely; Em nome da Constituição - O Judiciário não governa, mas ele governa quem governa, por Maurício Cardoso; Supremo Constituinte - Juízes devem ter papel mais ativo na interpretação da lei, por Márcio Chaer; O Supremo governa Tribunal reescreve a Constituição e assume novo papel, por Márcio Chaer; Troca da guarda - Novo STF derruba anacronismos e muda jurisprudência, por Márcio Chaer; Combate à omissão Judiciário pode mandar Executivo implementar políticas públicas, por Adriana Aguiar; Tripartição do Poder - O balanço entre a harmonia e a independência, por João Antonio Wiegnerck; Combate à inércia STF tem dado ao Mandado de Injunção papel decorativo, por Hugo Filardi.

accountability in Latin America. Pittsburgh University Press. Tradução de Heloísa Buarque de Almeida).

BOBBIO, Norberto. (2004) [1984]. *O Futuro da Democracia*. São Paulo, Paz e Terra.

___ (2005) [1994]. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo, Braziliense.

___ e outros. *Dicionário de Política*. (2000) [1983]. Brasília, UnB; São Paulo, Imprensa Oficial.

CHEIBUD, José Antônio e PRZERWORSKY, Adam. (1987), *Democracia, Eleições e Responsabilidade Política*. São Paulo, Rev. bras. Ci. Soc. v.12 n.35.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. (2003) [1961]. *The Federalist Papers*. New York, Penguin Group.

JAEGER, Werner. (1979); [1936]. *Paidéia. A formação do Homem Grego*. São Paulo, Martins Fontes; Brasília, UnB.

LASSALE, Ferdinand. (1985). *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro, Liber Júrís.

WEBER, Max. (2004); [1972]. *Economia e Sociedade*. Brasília, UnB; São Paulo, Imprensa Oficial.

WELZEL, Hans. (1961), *El nuevo sistema del derecho penal; una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Madrid, Mir.

MIGUEL, Luis Felipe. (2002). *A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Rev. De Ci. Sociais.

___ (2004). *A democracia e a crise da representação política: a accountability e seus impasses*. Trabalho apresentado no VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências.

PATEMAN, Carolina. (1992). *Participação e Teoria Democrática*. Rio de Janeiro, Paz e Terra.

PLATÃO, trad. de Enrico Corvisieri (2004). *A República*. São Paulo, Nova Cultural.

PHAR, Susan J. e PUTNAM, Robert D. (2000). *Disaffected Democracies*. New Jersey, Princeton University Press.

PITKIN, Hanna Fenichel. (1967). *The Concept of Representation*. Berkeley, University of California Press.

SANTOS, Boaventura de Sousa. (2005); [2003]. *A judicialização da Política*. Lisboa, Centro de Excelência - Processo de Avaliação de Unidades de Investigação do Ministério da Ciência e da Tecnologia - CES Centro de Estudos Sociais.

TOCQUEVILLE, Alexis de. (2001) [1981]. *A Democracia na América*. Livro I. São Paulo, Martins Fontes.