

Marco Antonio Meneghetti

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL
E MODERAÇÃO DO PODER**

Brasília – DF

2008

Marco Antonio Meneghetti

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL
E MODERAÇÃO DO PODER**

Dissertação de Mestrado submetida ao Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos exigidos para obtenção do grau de Mestre em Ciência Política.

Área de concentração: Estrutura e transformação do Estado

Orientador: Professor Antonio José Escobar Brussi, PhD

Brasília – DF

2008

Marco Antonio Meneghetti

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL
E MODERAÇÃO DO PODER**

Dissertação de Mestrado submetida ao Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos exigidos para obtenção do grau de Mestre em Ciência Política.

Área de concentração: Estrutura e transformação do Estado

Aprovada por unanimidade pela seguinte Banca Examinadora:

Professor Antonio José Escobar Brussi, PhD, SUNY/Binghamton, UnB - IPOL
Orientador

Professora Rebecca Neaera Abers, PhD, Universidade da Califórnia, UnB - IPOL
Examinadora interna

Professor Luís Roberto Cardoso de Oliveira, PhD, Harvard University, UnB - DAN
Examinador Externo

Brasília-DF, 28 de março de 2008.

Para Rosângela, minha namorada desde o científico no Colégio Júlio de Castilhos de Porto Alegre, no 30º ano do nosso casamento, administradora de empresas em O & M, pelo auxílio inestimável na tabulação dos dados e construção dos gráficos.

Meus sinceros agradecimentos:

Ao Professor Antonio José Escobar Brussi pela constante e paciente discussão crítica dos marcos teóricos, pela honestidade intelectual na correção dos argumentos e pela demonstração da possibilidade de harmonizar amizade e rigor na relação entre orientador e orientando.

À Professora Lúcia Mercês de Avelar pelo carinhoso estímulo que deu a um velho estudante realizar o sonho de voltar aos bancos universitários.

À Professora Marilde Loiola de Menezes pela oportuna inquirição que me trouxe à realidade da Ciência Política, sem a qual a dispersão seria inevitável.

À Professora Flávia Millena Biroli Tokarski por ouvir atentamente e conduzir um velho advogado liberal a estudar novas escolas políticas.

Ao Professor Paulo Roberto da Costa Kramer pela amizade e pelos fundamentos do pensamento liberal no momento de tanta incerteza quanto ao papel do Estado na pós-modernidade.

Aos Professores do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília pela dedicação ao pensamento da política, pelas renúncias monásticas que fazem em prol da academia, legítimos herdeiros do ideal grego de pensar o conhecimento.

RESUMO

Esta dissertação estuda as transformações do Estado a partir da incorporação da função judicial como Poder no processo político moderno, sob o influxo do liberalismo construído no pensamento político da resistência ao poder e da afirmação da independência do juiz para interpretar a Constituição e controlar os demais Poderes. O estudo enfatiza o *Estado juiz independente* como instrumento de segurança imparcial por ocasião da recepção desse ideário na República brasileira como instituição formal, que se alarga a partir do novo constitucionalismo em 1988 e desencadeia a superação da neutralidade (como legislador negativo) e a afirmação ativista do Judiciário (como legislador positivo). A investigação central gira em todo dos possíveis efeitos decorrentes da produção de política no processo judicial, que se convencionou denominar de *judicialização da política*, para a geração de concentração de poder e de crise da democracia liberal diante da limitação e da separação dos poderes. A título de ilustração da hipótese discutida foi analisado o fluxo de processos de mandados de injunção no Supremo Tribunal Federal durante a primeira década de vigência da Constituição de 1988, como instrumento judicial para suprir a omissão legislativa dos outros Poderes.

Palavras-chaves: Ativismo judicial. Concentração de poder. Constituição e constitucionalismo. Controle e limitação do poder. Estado juiz. Equilíbrio entre os poderes. Função judicial. Independência do Judiciário. Judicialização da política. Legalidade. Limitação e moderação do poder.

ABSTRACT

This dissertation deals with the transformations of state judicial functions in the modern political process. These changes came from the liberal thought legacies organized around the independence of courts as a resistance to sovereign power. The study also emphasizes court independence in the formal institutions of the Brazilian Republic, including its advances brought by the new constitution of 1988. The research focus is direct toward the political effects the production of policies within the judicial process may cause due to the concentration of power and a eventual crisis of democracy. In order to demonstrate whether or not such threats is about to occur cases of writs of injunction in Brazilian Federal Supreme Court were evaluated.

Keywords: Judicial Activism. Concentration of power. Constitution and constitutionalism. Control and limitation of power. State judge. Balance between the powers. Civil courts. Independence of the Judiciary. Judicial activism political. Legality. Limitation of power and moderation.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| I - INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 1. A percepção da judicialização no senso comum e noções gerais | 9 |
| 2. Os termos do problema e da hipótese e o método da pesquisa | 14 |
| II - DA NATUREZA AO ESTADO POLÍTICO..... | 22 |
| 1. A gênese do Estado juiz | 22 |
| 2. Separação e limitação dos Poderes..... | 31 |
| 3. Controle judicial da política | 36 |
| 4. Função judicial na democracia..... | 46 |
| 1. A Constituição de 1891: causa corporativa, texto liberal e ação autoritária | 65 |
| 2. Expansão política do Judiciário brasileiro | 77 |
| 3. Processo político de judicialização da política..... | 86 |
| 4. Formação dos quadros do Judiciário brasileiro..... | 105 |
| 5. Uma década de mandados de injunção no Supremo Tribunal Federal | 117 |
| Planilha dados gerais - mandados de injunção STF 88/98..... | 120 |
| Gráfico I) Fluxo geral - mandados de injunção STF 88/98..... | 121 |
| Gráfico II) Fluxo iniciativa - mandados de injunção STF 88/98 | 122 |
| Gráfico III) Proporção iniciativa - mandados de injunção STF 88/98..... | 123 |
| Gráfico IV) Fluxo julgados/deferidos - mandados de injunção STF 88/98 | 125 |
| Gráfico V) Proporção/julgados/deferidos mandados de injunção STF 88/98..... | 126 |
| Gráfico VI) Fluxo comparativo-mandados de injunção STF 88/98..... | 127 |
| IV – CONCLUSÃO | 132 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 135 |

I - INTRODUÇÃO

1. A percepção da judicialização no senso comum e noções gerais

“Fábrica de leis no STF. O Judiciário corrige mais uma vez a omissão do Congresso e estabelece limites para greves”. Sob esse título a revista Época (nº 493, 29/10/2007, p. 49) noticia que “Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal fez o serviço que foi deixado no meio do caminho pelo Congresso”, ao julgar que a legislação sobre greve no setor privado se aplica às paralisações dos servidores públicos. Essa decisão resolveu dúvida jurídica de 19 anos, iniciada em 1988 quando a Assembléia Nacional Constituinte estendeu o direito de greve aos servidores públicos e deixou para o Congresso Nacional a elaboração de lei para regulamentar a greve no serviço público, lei essa ainda não editada.

Desde a promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988 ocorreram inúmeras paralisações de servidores públicos, incluindo motins de policiais militares e de controladores de tráfego de vôo. A garantia constitucional do direito de greve aos servidores públicos, a eles estendida, mas dependendo da edição de lei, e a inexistência dessa lei reguladora do exercício do direito, são ingredientes suficientes para gerar relevante crise social.

O caso judicial da greve no serviço público, de que se trata¹, teve início em 26 de julho de 2004 com a proposição de *mandado de injunção*². Foi impetrante desse mandado de

¹ Informações da página internet do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=708&classe=MI&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

² Conforme Mendes, Gilmar Ferreira e outros (Curso, 2007, págs. 1.146-1.148): “A Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada *omissão* do legislador. O art. 5º, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades

injunção o SINTEM – Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa, representando os servidores públicos, que têm direito à greve conforme assegurado pela Constituição, e impetrado o Congresso Nacional, que tem a competência para editar a lei de greve. O processo foi distribuído ao Ministro Gilmar Mendes em 3 de agosto de 2004, tendo por objeto a regulamentação do art. 37, inciso VII, da Constituição Federal, que trata do direito de greve dos professores em estabelecimentos públicos de ensino. O julgamento ocorreu em 25 de outubro de 2007, tendo o plenário do Supremo Tribunal Federal deferido o pedido nos seguintes termos: “*O Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber*”.

“*Quando a Justiça fez as leis. De 2006 para cá, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu quatro vezes sobre questões em que o Congresso se omitia*”. A referida matéria da revista Época põe sob o mesmo título os julgamentos do Supremo Tribunal Federal que também teriam preenchido a omissão legislativa do Congresso Nacional: em março de 1986, sobre o dever dos partidos políticos seguir nos Estados as alianças feitas para a campanha presidencial³; em dezembro de 2006, sobre a suspensão da cláusula de barreira, afastando

constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ao lado desse instrumento destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o constituinte, no art. 103, § 2º, um sistema de controle abstrato da omissão. (...) Alguns nomes da literatura jurídica sustentam que, como as regras constantes do preceito constitucional que instituiu o mandado de injunção não se afiguravam suficientes para possibilitar a sua aplicação, ficava sua utilização condicionada à promulgação das regras processuais regulamentadoras. Outros doutrinadores afirmam que, sendo o mandado de injunção instrumento dirigido contra omissão impeditiva do exercício de direitos constitucionalmente assegurados, competiria ao juiz proferir decisão que contivesse regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito subjetivo em questão. (...) Segundo essa concepção, o constituinte teria dotado o Tribunal, excepcionalmente, do poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa.”

³ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI 3685 / DF), relatada pela Ministra ELLEN GRACIE, julgada em 22/03/2006 pelo Tribunal Pleno, publicado no Diário da Justiça da União de 10/08/2006 na pág. 19, proposta pelo CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL em face do CONGRESSO NACIONAL, com a seguinte Ementa:

“**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA EC 52, DE 08.03.06. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NOVA REGRA SOBRE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS ELEITORAIS, INTRODUZIDA NO TEXTO DO ART. 17, § 1º, DA CF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI ELEITORAL (CF, ART. 16) E ÀS GARANTIAS INDIVIDUAIS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, CAPUT, E LIV). LIMITES MATERIAIS À ATIVIDADE DO LEGISLADOR CONSTITUINTE REFORMADOR. ARTS. 60, § 4º, IV, E 5º, § 2º, DA CF. 1. Preliminar quanto à deficiência na fundamentação do pedido formulado afastada, tendo em vista a sucinta porém suficiente demonstração da tese de violação constitucional na inicial deduzida em juízo. 2. A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo Legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150,**

limitação de acesso dos partidos de pouca expressão ao Fundo Partidário⁴; e, em outubro de 2007, sobre a vinculação dos mandatos eletivos aos partidos políticos e não aos parlamentares⁵.

Os casos judiciais citados são exemplos de atuação do Supremo Tribunal Federal movido pela omissão do Congresso Nacional quanto ao poder de editar lei regulamentadora de direito assegurado na Constituição. Desse modo estaria se tornando intensa a atuação do Judiciário no campo político tradicionalmente ocupado pelo Poder Legislativo. O Judiciário não estaria mais restrito ao julgamento de conflitos de interesses entre partes mediante aplicação das leis produzidas pelo Legislativo, precisamente pela inexistência de leis.

Essa ampliação da função judicial, suprindo a omissão do Legislativo, é tratada como *judicialização da política*. De poder neutro, mero aplicador do direito produzido pelo Legislativo, o Judiciário vem se transformando em um poder ativo. O ativismo judicial se

III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e "a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral" (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). 6. A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/93 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência."

⁴ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI 1351 / DF), relatada pelo Ministro MARCO AURÉLIO, julgada em 07/12/2006 pelo Tribunal Pleno, publicada no Diário da Justiça da União de 30/03/2007 na pág. 68 e republicado no Diário da Justiça da União de 29/06/2007 pág. 31, proposta pelo PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL – PC e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT em face do PRESIDENTE DA REPÚBLICA e do CONGRESSO NACIONAL, sendo interessado o PARTIDO POPULAR SOCIALISTA, cuja Ementa é a seguinte:

"PARTIDO POLÍTICO - FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR - PROPAGANDA PARTIDÁRIA GRATUITA - FUNDO PARTIDÁRIO. Surge conflitante com a Constituição Federal lei que, em face da gradação de votos obtidos por partido político, afasta o funcionamento parlamentar e reduz, substancialmente, o tempo de propaganda partidária gratuita e a participação no rateio do Fundo Partidário. NORMATIZAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE - VÁCUO. Ante a declaração de inconstitucionalidade de leis, incumbe atentar para a inconveniência do vácuo normativo, projetando-se, no tempo, a vigência de preceito transitório, isso visando a aguardar nova atuação das Casas do Congresso Nacional."

⁵ MANDADO DE SEGURANÇA (MS/26602-DF), relatado pelo Ministro EROS GRAU, tendo como impetrante o PARTIDO POPULAR SOCIALISTA - PPS e impetrado o PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, sendo litisconsortes passivos o PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO – PMDB, o PARTIDO DA REPÚBLICA, o PARTIDO SOCIAL CRISTÃO – PSC, os deputados COLBERT MARTINS DA SILVA FILHO, AIRTON BERNARDO ROVEDA, MARIA LUCENIRA FERREIRA OLIVEIRA PIMENTEL, PAULO PIAU NOGUEIRA, NEILTON MULIM DA COSTA, RAIMUNDO VELOSO SILVA e CARLOS ROBERTO MASSA JÚNIOR, publicada a decisão no Diário da Justiça da União de 19/10/2007, cujo teor é o seguinte: *"JULGAMENTO DO PLENO - INDEFERIDO Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de segurança e denegou a ordem, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que a concediam tal como requerida. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Plenário."*

caracteriza pela função judicial direcionar-se para a resolução de conflitos de interesses mediante a produção de uma norma que deveria ter sido produzida pelo Legislativo. Desse modo, não há como desconhecer que a judicialização da política se caracteriza como fenômeno que interfere no equilíbrio entre os Poderes nos termos em que construído na formação do pensamento liberal da modernidade cuja preocupação central cingia-se à questão dos limites do poder do Estado perante o indivíduo.

A proposta de uma tripartição equilibrada de poderes como mecanismo de contenção do poder, porque somente o poder contesta o poder, como baluarte essencial à construção do liberalismo moderno, quando executada nos modelos políticos ocidentais se prestou a operar limite à possibilidade de instauração do arbítrio, atuando assim como garantia à liberdade do indivíduo.

Não é um modelo perfeito de distribuição igual de poder entre as autoridades. Isso porque ora o Legislativo é o foco central da irradiação do poder político, como no sistema de governo parlamentar inglês, ora o Executivo tem ascendência política, como no sistema presidencialista dos Estados Unidos da América. No Brasil sempre houve a liderança política do Executivo sobre os demais, com exceção do breve período constituinte de 1987 quando a Assembléia Nacional Constituinte, acumulando os poderes Legislativos ordinários do Congresso Nacional, tornou-se o centro irradiador do poder político.

O fenômeno da *judicialização da política* é evidência de que o pêndulo político estaria no final do século XX apontando para o Judiciário, que estaria se ocupando não apenas da tarefa de aplicar o direito produzido pelo Legislativo, mas igualmente produzindo esse direito.

É certo que toda conduta ao ultrapassar certo limite tende a provocar o rompimento do seu equilíbrio, descaracterizando-se, podendo se transformar no seu oposto, isto é, provocando efeitos contrários aos que produzia anteriormente (SARTORI, 1981: 113). Esse fenômeno poderia estar ocorrendo no processo de evolução política do Judiciário como instituição política. A independência do Judiciário em face dos demais Poderes é ao mesmo tempo atributo da formação do Estado liberal e pressuposto essencial de sua preservação. O Judiciário *sponte propria* no extremo desta independência estaria alargando suas funções para

nelas incluir a judicialização da política no rastro da omissão dos demais Poderes, andando no sentido de converter o que antes era independência em autonomia⁶.

Nesse contexto, cabe investigar o efeito desse fenômeno ante a possibilidade de alteração do equilíbrio entre os Poderes, com o início de uma fase de relevância acentuada do Judiciário ante os demais. Essa alteração do equilíbrio entre os Poderes tenderia a produzir pela primeira vez um destaque político do Judiciário em face dos demais Poderes, o que daria ensejo a possível governo do Estado em co-gestão com o Judiciário. Esse governo compartilhado com o Judiciário viria a se caracterizar pela elevada concentração de poderes (Judiciário criando e aplicando o direito por ele criado) que impõe a revisão do pensamento liberal da separação dos Poderes, bem assim pelo afastamento do modelo da democracia representativa, porque ainda não conhecidos instrumentos políticos que capacitem à sociedade controlar o Judiciário no exercício dessa função.

A judicialização da política, fenômeno ocorrente no Brasil a partir da Constituição de 1988, pode ser visto como a formulação de política no processo judicial suprimindo a omissão política dos demais Poderes no dever de conferir eficácia a direitos constitucionais programáticos, de eficácia contida ou cuja aplicação dependa de outros atos do Estado. Desse modo, a judicialização da política se revestiria da forma de direito novo. Esse fenômeno é apto a se qualificar como causa política necessária, porém não suficiente tendente a gerar condições indutoras da alteração do equilíbrio entre os Poderes e à instauração de crise no modelo liberal, de certo modo caracterizador de um período de destaque político da autoridade judiciária no contexto dos demais Poderes.

⁶ Kant na *Crítica da Razão Pura*, faz distinção entre as noções de *independência* como relação de necessidade econômica ou de obediência hierárquica e *autonomia* como a capacidade de proceder segundo as próprias normas. *Autonomia* assim se aproxima de soberania. O Judiciário deve ser *independente*, ou seja, não sofrer intervenção específica dos demais Poderes, mas não tem *autonomia* porque essa é característica do Estado como um todo.

2. Os termos do problema e da hipótese e o método da pesquisa

Os termos do problema e da hipótese da pesquisa constituem a descrição do pensamento político de formação do Estado liberal centrado no pacto social de transferência do poder de declarar a lei e mediar os conflitos na figura do Estado juiz; a construção da idéia de separação dos poderes como instrumento de moderação do poder mediante a especialização independente da função judicial; o fortalecimento da função judicial como controle de legalidade da política; a recepção política do Estado juiz liberal na República brasileira; a expansão política do Judiciário brasileiro a partir de 1988; a análise do processo político de judicialização da política e a crise do liberalismo, a partir do alargamento da independência como pressuposto da garantia de equilíbrio entre os Poderes (um Poder do Estado, no exercício ordinário de suas funções, não se submete nem interfere na estrutura e no funcionamento dos demais Poderes); a distinção entre preservação de independência como fator essencial ao equilíbrio entre os Poderes e restrição à autonomia como fator de cautela ante o risco de arbítrio; a revisão dos conceitos de Estado liberal (sistema de limitação de Poderes do Estado em face das liberdades do cidadão); a judicialização da política (função política afirmativa ou ativa do Judiciário, que constrói política no processo judicial, suprindo a omissão dos demais Poderes, para dar eficácia a direitos constitucionais que dependem de atos do Legislativo ou do Executivo, adotando forma de direito novo).

Desse modo, cabe verificar o que significa para o liberalismo a *judicialização da política* mediante a investigação de *se, como e em que grau* o fenômeno da atuação do Judiciário no *espaço político*⁷ se harmoniza com os pressupostos de garantia da liberdade, de modo a não se constituir em usurpação de funções políticas em direção ao arbítrio. Não existe propriamente uma lacuna de estudo sobre a judicialização da política, mas o enfoque dado ao tema até o momento é mais centrado na valoração do preenchimento desse *espaço político*

⁷ A noção de *espaço político* empregada nesta *monografia* corresponde ao campo em que se manifestam os atos políticos dos Poderes do Estado, geralmente complementando-se reciprocamente os Poderes entre si pelo dever político de atuarem independentes e harmônicos, não raramente em conflito pela disputa de poder; essa noção não coincide com o conceito que NORBERTO BOBBIO confere ao verbete no seu *Dicionário de Política* (Brasília: Editora UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do estado, 5ª edição, 2000), páginas 392-394, corresponde à área de conflito que constitui a base da relação entre eleitores e partidos num dado sistema político e num dado momento histórico, onde se dá a competição política.

para evitar a negação de direitos aos cidadãos como se fosse uma evolução sadia do poder político do Judiciário.

São exemplos da judicialização da política enaltecida como uma conquista dos cidadãos os estudos de SANTOS (*A Judicialização da Política*, 2005), CITTADINO (*Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*, 2003: 17), EISEMBERG (*Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política*, 2003: 43), MELO (*A Suprema Corte dos EUA e a Judicialização da Política*, 2003: 63), LOPES JUNIOR (*A Judicialização da Política no Brasil e o TCU*, 2007: 119-120), VIANNA (*A Democracia e os Três Poderes no Brasil*, 2003: 15-16), VIANNA, CARVALHO, MELO e BURGOS (*A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, 1999: 47).

Esses estudos têm em comum a percepção da judicialização da política como um fenômeno que viabiliza um modelo de democracia participativa a partir da Constituição brasileira de 1988 que se apresenta como uma *carta de valores*⁸ (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007: 4-14; CANOTILHO, 2001: 67-71, 266-268), permitindo, senão estimulando, que pela via da interpretação feita pelos juízes se amplie a possibilidade pela qual os cidadãos passem a interagir na política não necessariamente pela representação política. Todavia, como se tentará demonstrar adiante, é pouco significativa a preocupação científica, para não dizer quase nenhuma, no que vai dar esse processo político de verticalização do poder de *criar o direito* e de *aplicar o direito criado* concentradamente no Judiciário, sabendo-se que, embora criticado, ainda são os fundamentos do liberalismo que preservam a sociedade civil contra abusos do Estado.

Com efeito, a progressiva incorporação da função jurisdicional como Poder do Estado, atuando politicamente na limitação dos demais Poderes, está no bojo das transformações políticas que redundaram no aparecimento do Estado liberal nos séculos XVIII e XIX. Nesse processo político se destacam a Gloriosa Revolução Inglesa em 1682, a Independência dos Estados Unidos da América do Norte em 1776 e a Revolução Francesa em 1789

⁸ A teoria das constituições, dentre outras classificações, sugere dois grandes modelos: o primeiro é resultante da consolidação do liberalismo político na modernidade, de que é exemplo a Constituição dos Estados Unidos da América, caracterizada por ser uma declaração de direitos (texto fechado), cuja ênfase é a proteção da esfera de realização pessoal do cidadão em um contexto de igualdade de oportunidades; o segundo é resultante da crítica ao individualismo, de que são exemplos as Constituições contemporâneas da Espanha e de Portugal, estruturadas como uma declaração de valores (texto aberto), cuja ênfase é a proteção do ambiente coletivo que ampara o cidadão em um contexto de igualdade de êxito. A Constituição do Brasil de 1988 inspirou-se nos modelos espanhol e português, distanciando-se da Constituição de 1891 que seguia formalmente a Constituição dos Estados Unidos.

(CHURCHILL, 2006, v. 2: 372-378; v. 3: 19). Não obstante esses movimentos terem em comum a resistência em defesa da liberdade do indivíduo em face do arbítrio do Estado, tomaram rumos distintos quanto ao modelo de institucionalização do Judiciário. Nos Estados Unidos desde a Constituição de 1787 ao Judiciário foi assegurado papel político não apenas para dirimir os conflitos entre os cidadãos, mas também os conflitos entre esses e os Poderes Públicos, conforme se vê do artigo III, seção II, da Constituição Americana (PADOVER, 1987: 67-68).

Cumprir fazer referência ao pensamento de JOHN LOCKE (*Segundo Tratado do Governo Civil*, 2005: 23; 65) como o pioneiro articulador da limitação do poder a partir da ilustração de um pacto social de passagem do estado de natureza, onde os homens nascem iguais, livres e com direito a todos os bens da natureza. Por esse pacto social engendrado por LOCKE é transferido ao governo civil o *direito de julgar*, dado que as paixões naturais dos homens os impedem de *julgar em causa própria com imparcialidade*. O pacto social em LOCKE não é um momento histórico, mas uma explicação da origem do estado político, sendo melhor dizer “dentro” em oposição a “fora do estado político”, do que dizendo “antes” ou “depois do estado político”.

O pacto social em LOCKE diferencia-se do pacto social em THOMAS HOBBS (*Leviatã*, 2004: 141): pelo elemento subjetivo – *em LOCKE o governo participa do pacto, vinculando-o às condições pactuadas*; e pelo objeto – *em HOBBS os homens entregam todos os direitos ao Estado, remanescendo apenas o direito à vida que é a razão de ser dessa entrega, ao passo que em LOCKE os homens reservam a si a liberdade e a propriedade, entregando apenas o direito de julgar os direitos*.

Essa transferência do *direito de julgar os direitos* vem a ser o marco teórico no pensamento liberal da afirmação do Judiciário como poder político na figura do *estado-juiz*. MONTESQUIEU (*O Espírito das Leis*, 2005: 57; 81), indo além do pensamento de LOCKE, acrescenta à preocupação com a natureza do estado político a discussão do *princípio que movimenta o governo*, tendo como referência a noção de *lei como relação entre coisas*, portando numa visão horizontal, diferentemente da noção tradicional de *lei como ordem* sob visão vertical. LOCKE articula o liberalismo como *limitação do poder* e MONTESQUIEU como *moderação do poder* apoiado no *poder que controla o poder*, somente possível onde houver a *separação dos poderes do Estado*, que na verdade corresponde a uma *separação*

racional das funções políticas fundamentais do Estado: quem legisla não administra nem julga; quem administra não legisla nem julga; quem julga não legisla nem administra.

HAMILTON, JAY e MADISON (*O Federalista*, 2003: 236) articulam a organização de uma República, dado que os colonos americanos já eram conscientes da condição de igualdade em face das circunstâncias políticas em que ocorrera a migração do velho para o novo continente. *O Federalista* (2003: 53) engendra a constituição do Estado americano a partir da noção de *federalismo*, como pacto de transferência pelas colônias da soberania para um governo central. Essa transferência se dá pelo regime de *representação política bicameral*, no qual as colônias como unidades políticas se fazem representar *per capita* na câmara alta (senado) e a sociedade, considerando cada homem uma unidade individual, se faz representar proporcionalmente na câmara baixa (câmara dos representantes ou dos deputados).

É fundamental para o funcionamento dessa proposta política o sistema de representação que *delibera pela vontade da maioria*, mas que é limitado pela *deliberação de verdade do Judiciário*. Daí se extrai um *governo segundo a vontade da maioria, mas respeitado o direito da minoria*. Ressalta, pois, *O Federalista* (2003: 457; 464; 467; 482) a estruturação do Poder Judiciário como pedra angular do *controle político* dos demais Poderes.

TOCQUEVILLE (*A Democracia na América*, 2001, v. I: 111; 121) mostra-se impressionado sobre o papel do Judiciário na América e sua ação política diante da sociedade, tanto quanto a possibilidade de haver julgamento político; constata que nos Estados Unidos o juiz é uma das primeiras forças políticas.

Veja-se que o processo de implantação da República brasileira é nitidamente influenciado pela experiência dos Estados Unidos da América do Norte no que tange ao modelo organizacional dos Poderes do Estado. Mas um processo político de nítida característica positivista autoritária vai se distanciar do modelo legal liberal e as crises de instabilidade vão se suceder.

O primado do Poder Judiciário tem importância política para a liberdade superior mesmo à generalização do sufrágio direto e ao *self-government*. O Estado somente pode agir de acordo com a lei produzida pelos representantes do povo eleitos em sufrágio universal. No regime representativo a lei é a norma geral e abstrata editada pelos legítimos representantes

do povo. Se aceito o primado da lei como única fonte primária para geração de direitos e obrigações, surge o problema de como situar o fenômeno da judicialização da política diante do princípio da separação dos poderes e da soberania popular mediante representação política.

O problema que se descortina é investigar se essa nova atuação política do Judiciário atenderia aos pressupostos para qualificá-lo no contexto de um governo representativo, legítimo, passível de se submeter à *accountability*; ou, diversamente, se estaria se renunciando a revisão do modelo político liberal decorrente da estabilização dessa interferência do Judiciário no espaço político dos demais Poderes. Essa interferência sob a forma de um governo compartilhado com o Judiciário provoca especial preocupação porque no modelo brasileiro os juízes não são eleitos pelo povo, têm mandato vitalício e não se submetem à vontade popular, diferentemente do que ocorre com o chefe do Executivo e com os membros do Legislativo.

A partir da articulação desses conceitos avalia-se o significado da *judicialização da política* para o liberalismo, buscando resposta à seguinte indagação: A atuação do Judiciário produzindo ou alterando política, sob a forma de direito novo, estaria renunciando a revisão do pensamento liberal construído sob a referência do princípio da separação dos poderes como escudo contra o risco de arbítrio do Estado?

O problema objeto do estudo é formulado a partir da advertência de SARTORI (*A Política*, 1981: 113) de que toda conduta, se ultrapassa certo limite (o que tende a provocar o rompimento do seu equilíbrio) se inverte, transformando-se no seu “oposto”, isto é, provoca efeitos contrários aos que produzia anteriormente. Esse fenômeno poderia estar ocorrendo no processo de evolução política do Judiciário como instituição política. A *independência* do Judiciário em face dos demais Poderes é ao mesmo tempo atributo da formação do Estado liberal e pressuposto essencial de sua preservação.

O Judiciário *sponte propria* no extremo desta *independência* estaria aumentando suas funções para nelas incluir a *judicialização da política* no rastro da omissão dos demais Poderes, convertendo o que antes era *independência* em *autonomia*⁹. Nesse contexto, cabe investigar o efeito desse fenômeno ante o risco de alteração do equilíbrio entre os Poderes, com o início de uma fase de prevalência do Judiciário sobre os demais.

⁹ Vide referência à distinção que KANT faz entre as noções de *independência* e *autonomia*.

Essa alteração do equilíbrio entre os Poderes tenderia a produzir pela primeira vez uma prevalência do Judiciário sobre os demais Poderes, o que daria ensejo a um possível *governo do Estado pelo Judiciário* ou *governo dos juízes*. Esse *governo* viria a se caracterizar pela elevada concentração de poderes (*o Judiciário criaria e aplicaria o direito por ele criado*), impondo revisão do pensamento liberal, e pelo afastamento da função de *governo* do modelo da democracia representativa, sabendo-se que inexistem instrumentos políticos que capacitem à sociedade controlar o Judiciário no exercício dessa função.

A hipótese que se pretende demonstrar no estudo é a identificação da *judicialização da política* como fenômeno ocorrente no Brasil em volume significativo a partir da Constituição de 1988. Esse fenômeno, entendido como formulação de política no processo judicial sob forma de direito novo, supre a omissão dos demais Poderes, visando dar eficácia a valores constitucionais, que se qualifica como *causa necessária*, porém *não suficiente* tendente a gerar condições indutoras da alteração do equilíbrio entre os Poderes e à instauração de crise no modelo democrático liberal. Sob essas circunstâncias, tende a produzir o risco de instaurar período de precedência do Poder Judiciário.

Os termos do problema e da hipótese da pesquisa constituem a descrição panorâmica do *processo histórico de formação do Estado liberal democrático*; a descrição da *função política do Poder Judiciário* nesse processo histórico de formação dos Estados modernos liberais, originariamente voltada a dirimir conflitos entre os particulares, entre esses e o Estado e entre os órgãos do Estado e a controlar os demais Poderes do Estado; a análise da *independência* como pressuposto da garantia de equilíbrio entre os Poderes (um Poder do Estado, *no exercício ordinário de suas funções*, não se submete nem interfere na estrutura e no funcionamento dos demais Poderes); a distinção entre *preservação de independência* como fator essencial ao equilíbrio entre os Poderes e *restrição à autonomia* como fator de cautela ante o arbítrio; a revisão dos conceitos de *Estado liberal* (sistema de limitação de Poderes do Estado em face das liberdades do cidadão), *democracia* (sistema político no qual o cidadão participa periodicamente do processo de disputa eleitoral, mediante sufrágio, para escolha dos governantes e dos representantes encarregados da gestão política do Estado), *representação política* (sistema de democracia indireta que passa pelo sufrágio popular), *legitimidade* (eficácia passiva do exercício da dominação política em face do reconhecimento consensual do titular do poder político pela sociedade), *accountability* (prestação de contas periódica dos políticos por seus atos perante a sociedade para instruir o julgamento político por ocasião do

sufrágio) e *judicialização da política* (função política afirmativa ou ativa do Judiciário, que formula políticas públicas no processo judicial, sob forma de direito novo, suprindo a omissão política dos demais Poderes, para dar eficácia a direitos constitucionais que dependem de regulação pelo Legislativo ou de gestão pelo Executivo).

O objetivo geral da pesquisa é investigar se essa nova atuação política do Judiciário atende aos pressupostos para se qualificar no contexto de uma democracia representativa, legítima, passível de se submeter à *accountability*; ou, diversamente, se estaria ocorrendo o início de uma crise política na democracia decorrente da interferência do Judiciário no espaço político dos demais Poderes, sabendo-se que os juízes, no modelo brasileiro, não são eleitos pelo povo, têm mandato vitalício e não se submetem à vontade popular, diferentemente do que ocorre com o chefe do Executivo e com os membros do Legislativo.

O objetivo específico da pesquisa é entender a realidade da judicialização da política na experiência do Supremo Tribunal Federal no Brasil no período compreendido entre 5 de outubro de 1988, quando entrou em vigor a Constituição, e 5 de outubro de 1998 quando a nova ordem constitucional completou 10 anos.

O tema de pesquisa “*judicialização da política*” é da **subárea** “*estrutura e transformação do Estado*”, da **área** “*Estado e governo*” e da **grande área** “*Ciências Humanas - Ciência Política*”, conforme classificação do sistema Lattes do CNPq.

A metodologia da pesquisa (MARCONI e LAKATOS, 2005: 83; 91) segue duas fases independentes entre si, não obstante correlacionadas pelo objeto. A *fase documental* abrange busca, exame, seleção, fichamento e classificação dos casos de mandado de injunção, no arquivo geral do Supremo Tribunal Federal, protocolados no período de 05/10/1988 até 05/10/1998; para efeito de quantificação a classificação adota como referência a quantidade de mandados de injunção (a) *apresentados ao Supremo Tribunal Federal*, (b) *de iniciativa coletiva*, (c) *de iniciativa individual*, (d) *julgados pelo Supremo Tribunal Federal* e (e) *com pedidos deferidos*. O fluxo crescente de mandados de injunção apresentados, sob análise pelo método dedutivo, é indicativo necessário, ainda que não suficiente, para avaliar a intensidade da pressão da sociedade civil na direção da judicialização da política, assim como o é, sob as mesmas ressalvas, o fluxo do deferimento dos pedidos para avaliar a aceitação do Supremo Tribunal em ocupar esse espaço político.

Ao lado do *mandado de injunção* também se poderia incluir o estudo dos casos de *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*¹⁰, cabível quando um dos Poderes deixe de editar norma incluída na sua competência, que também abre oportunidade relevante para a judicialização da política e não é restrita apenas aos casos de omissão de dar eficácia aos valores programados na Constituição Federal.

Todavia, nos limites de uma dissertação é recomendado que se delimite racionalmente o objeto de estudo, de modo que se optou pelos casos de *mandado de injunção* pela origem histórica desse instituto legal associada à *equidade* (BONAVIDES e ANDRADE, 2002: 505-506), que autoriza o juiz a decidir com fundamento em princípios de justiça quando inexistir lei própria para o caso, bem assim pelo fato de que, diferentemente da *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, o *mandado de injunção* admite iniciativa individual tanto por cidadãos, pessoas naturais, quanto por empresas, pessoas jurídicas. Essa possibilidade de iniciativas individual e coletiva permite que se faça estudo comparativo para identificar o tipo de pressão política exercida pela sociedade, se para interesses individuais ou interesses coletivos.

A *fase de revisão conceitual* adota o método indutivo geral histórico e comparado, tendo como referências o processo político de institucionalização do Judiciário como poder político independente a partir do Século XVII que resultou no Estado moderno liberal e a recepção e desenvolvimento desse modelo a partir do período republicano no Brasil até a Constituição brasileira de 1988.

¹⁰ Constituição Federal: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa; V - o Governador de Estado; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

II - DA NATUREZA AO ESTADO POLÍTICO

1. A gênese do Estado juiz

A Inglaterra passou por especial agitação política entre os séculos XVI e XVII marcada por questões de longo prazo tais como a fraqueza intrínseca do Estado e da Igreja elisabetanos, a ascensão econômica, social, educacional e administrativa da *gentry* que, não obstante silenciosa, estava transformando o equilíbrio do poder político (STONE, 2000: 74)¹¹. A cisão cultural crescente entre a corte e o país no período de Carlos I, o grau de continuidade na luta política de uma crise a outra e o conflito profundo sobre questões fundamentais de princípio concernente ao direito, liberdade, privilégio e preservação da religião protestante constituem os ingredientes que produziram a guerra civil (STONE, 2000: 277-278).

Marco relevante da resistência ao absolutismo é o momento em que o Parlamento recusou-se a votar os impostos, tendo em vista a política externa impraticável, quando Carlos I recorreu a empréstimos compulsórios mandando prender quem se recusasse a pagá-los. Em 1628 o Parlamento reuniu-se e votou a *Petition of Rights* declarando ilegal a taxaçoão sem autorização parlamentar e as prisões arbitrárias (HILL, 2001: 28-29)¹². São fatos que

¹¹ *Causas da Revolução Inglesa*: “A *gentry* ascendente era assim constituída quase exclusivamente por cortesãos, juristas e comerciantes monopolistas. A “*gentry* comum”, que pagava por toda esta prodigalidade, representava o “partido do País”, e nos anos 1640 derrubou o sistema da Corte, combateu e derrotou o Rei, e ao final, emergiu nas figuras do *New Model Army* [Exército de Novo Tipo], os independentes. Seu programa político defendia a descentralização, a redução dos custos legais, a eliminação da detestada corte e a destruição de seus fundamentos financeiros: o comércio estatal, os monopólios manufatureiros, a venda de cargos, das tutelas e similares.”

¹² *O Eleito de Deus – Oliver Cromwell e a Revolução Inglesa*. Nota do tradutor: “Texto votado pelo Parlamento em 1628. Ele se inspirou nas idéias do grande jurista Edward Coke sobre a existência de um direito “nacional” de origem saxônica, esquecido durante o jugo normando, mas reconquistado ao preço de muitas revoltas e julgamentos dos tribunais. Os Lordes e os Deputados, particularmente irritados pelos abusos fiscais de Carlos I e inquietos com as tendências autoritárias dos dois primeiros Stuarts, argumentaram que toda a taxaçoão deveria ser aprovada pelo Parlamento e que os indivíduos tinham o direito de defesa diante de todas as prisões, contra

exemplificam o processo político de contenção do poder absoluto do rei durante os reinados dos Tudors e dos Stuarts, passando pelo protetorado de Oliver Cromwell e que finda com a Gloriosa Revolução coroando Guilherme de Orange, reconhecendo a autoridade legal do Parlamento como fundamento do poder real.

Nesse processo político de resistência do Parlamento ao poder do rei e sob a inspiração do empirismo que inundava a Europa do século XVII, LOCKE (*Ensaio acerca do Entendimento Humano*, 2005: 37), participando ativamente das lutas pela entrega do poder à burguesia, critica o *inatismo*¹³ como uma doutrina do preconceito que leva diretamente ao dogmatismo individual, utilizada pelos defensores do absolutismo para fundamentar a legitimidade do rei alheia ao Parlamento.

LOCKE (*Segundo Tratado*, 2005: 23) percebe a existência do homem como indivíduo anterior à sociedade e ao Estado. Fora da sociedade e do Estado civil, que LOCKE chama de estado de natureza, o homem vive em plena liberdade e igualdade. Liberdade porque, dotado de razão por Deus, tem o homem capacidade de discernir e proferir juízo de valor, apto para agir sob o único limite da razão. Veja-se a ênfase que LOCKE confere à *razão* como a *capacidade de julgar* no sentido de perceber a realidade, valorar e exercer uma escolha. Toda a construção do pensamento político de LOCKE gira em torno da noção de *razão*.

É nítida a influência agostiniana do livre arbítrio (AGOSTINHO, 2004: 73-79), um dos principais fundamentos filosóficos da reforma protestante, sob os quais LOCKE foi educado. A razão é dada ao homem como sua própria constituição natural. É a lei da razão a fundamental lei natural, porque é através da razão que ao homem é dado conhecer a natureza e o limite das coisas. Enfim, é ampla a liberdade porque a ninguém se submete o homem. E se todos os homens como criaturas de Deus são dotadas de razão, como ressalta LOCKE, então todos os homens têm igual capacidade de discernimento, de agir com ampla liberdade e de igualmente não se submeterem a ninguém. Por isso conclui LOCKE que, além de livres, todos os homens são iguais.

Deus criou todas as coisas e as atribuiu aos homens indistintamente para que delas fizessem uso. Como criatura livre e igual no sentido de não se submeter a ninguém, podendo

a instauração da lei marcial pela simples decisão dos comissários reais e contra toda a suspensão arbitrária dos dispositivos legais comunais. Aprovada em 7.6.1628 contra a vontade do rei, ela representa um dos elementos da constituição não escrita da Inglaterra." .

¹³ LALANDE. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*, pp. 536-537: "Diz-se de todas as doutrinas que admitem o caráter inato ou congênito de uma característica, de uma função, de uma idéia qualquer".

fazer tudo o que estivesse conforme a razão, ao homem foi atribuída a capacidade de dispor livremente sobre seu destino a partir de si próprio. É, pois, o homem próprio de si e a si pode dar o destino que a razão discernir. É o homem juiz de si mesmo.

O trabalho, como ação livre do homem, também é próprio do homem. Pelo trabalho o homem transforma e dá utilidade às coisas da natureza, transformando-as em propriedade. Pelo efeito do trabalho as coisas se tornam próprias do homem. Assim como a condição de liberdade e de igualdade pré-existe à sociedade e ao Estado, LOCKE (*Segundo Tratado*, 2005: 37) também percebe a propriedade já existente no estado de natureza. Todavia, adverte LOCKE, a capacidade de trabalho tem a finitude do homem e, por isso, a propriedade está limitada à capacidade de trabalho do homem.

O aparecimento do dinheiro como padrão de troca vai viabilizar a ampliação do comércio. Desde então já não será o trabalho a única forma de aquisição de propriedade. O dinheiro permitirá a compra da propriedade e não será limitado como era a capacidade de trabalho, o que vai desencadear a acumulação da propriedade. A concentração da propriedade causará então a concentração da riqueza e a desigualdade dos homens pelo efeito da maior ou menor propriedade.

No estado de natureza a liberdade, a igualdade e a propriedade, portanto como direitos naturais porque anterior à sociedade e ao Estado, caberá ao homem garantir a si esses direitos julgando quando certo ou errado e fazendo valer sua razão perante os demais. Se tiver o homem o direito natural à liberdade, à igualdade e à propriedade, é razoável que se lhe reconheça o direito de garantir e de dar eficácia por força própria a esses direitos quando necessário. Pois negar ao homem a defesa de seu direito equivaleria negar esse direito. Aí se encontra o fundamento da legítima defesa e, quem sabe, uma referência subliminar ao princípio atribuído a MAQUIAVEL de que os fins justificariam os meios ou, ainda, do princípio dos poderes implícitos de que a atribuição de poder para determinados fins presume-se ter sido atribuído igual poder para os meios necessários a alcançar esses fins.

Mas se é o próprio homem quem julga e dá eficácia ao seu juízo, não há garantia de que o homem, cujos interesses pessoais se encontrem em conflito com os dos outros homens, exerça esse juízo com imparcialidade; igualmente não há garantia da medida da força necessária para dar eficácia a esse juízo. Essa incerteza, no dizer de LOCKE, põe os homens em estado de guerra uns contra os outros. A necessidade de superar o estado de guerra, porque

a razão orienta para a paz, leva os homens a estabelecerem entre si o contrato social, ponte de passagem do estado de natureza para o estado civil ou político. O risco de estado de guerra não é apenas interno, podendo vir de fora. Por isso constitui finalidade do estado político proteger a propriedade tanto do risco dos conflitos internos da comunidade quanto dos conflitos externos.

O contrato social engendrado por LOCKE mais se assemelha a um consentimento através do qual se transfere aquele *direito de juízo e de força para garantir e dar eficácia aos direitos naturais de liberdade, igualdade e propriedade ao estado político*. Desse modo, vê-se em LOCKE que o homem não aliena o direito de liberdade, igualdade e propriedade ao estado político, porque sendo dados ao homem por sua condição natural não são passíveis de alienação sem que se rompa a condição humana como criatura de Deus. O que se transfere ao estado político é aquele direito antes exercido no estado de natureza por ele próprio como auto-juízo e legítima defesa ou esforço próprio.

Então, pelo contrato social, passa ao estado político o direito de julgar e dar eficácia aos direitos naturais de liberdade, igualdade e propriedade do homem. Conclui LOCKE que sob a lei do Estado político, que é geral para todos os homens, os direitos naturais inalienáveis continuam próprios do homem e são mais bem garantidos, com menor risco de estado de guerra, porque exercido pela lei, juízo e força de um corpo político unitário e desprovido de interesse pessoal pela situação individual dos homens, por isso imparcial.

Se o contrato social se estabelece pela unanimidade dos homens, porque todos querem o Estado político, já a constituição do modo de governo do Estado político não demanda a unanimidade, podendo se dar mediante a deliberação da maioria. A estipulação inicial do contrato social deve ser pela unanimidade, porque se um não aceitar transferir ao Estado político o direito de valorar e de dar eficácia aos direitos naturais de liberdade, igualdade e propriedade, terá reservado a si a possibilidade de instaurar o estado de guerra.

Assim, ainda que isoladamente, aquele que não transferir esse direito de valorar e de dar eficácia aos direitos naturais, permanecerá sob o estado de natureza e risco de estado de guerra. Desse modo, a falta de unanimidade retira a principal utilidade do contrato social que é operar a passagem do estado de natureza para o Estado político e prevenir o estado de guerra mediante a estabilidade das relações entre os homens, concernente ao eventual conflito sobre a propriedade, cuja composição dar-se-á nos termos da lei e da jurisdição imparcial.

Constituído o Estado político pelo implemento do contrato social, o governo será escolhido já não necessariamente pela unanimidade, visto que a dissidência eventual da minoria não implicará retorno ao estado de natureza porque *a priori* todos já transferiram ao Estado político a legislação e a jurisdição imparcial sobre eventuais conflitos, incluindo os da própria escolha do governo.

O que motiva o contrato social é a expectativa de todos – por isso interesse comum – de que o Estado político atuará na proteção da liberdade, da igualdade e da propriedade, que são os direitos naturais para os quais os homens esperam proteção. Enquanto o governo atuar na garantia desses direitos naturais estará conforme o interesse do bem comum. Caso o governo atente contra qualquer desses direitos, quer suprimindo-os, quer reduzindo-os, por ação ou omissão, ter-se-á rompido o contrato social com retorno ao estado de natureza e risco de estado de guerra.

Cessado o efeito do contrato social que transferia ao Estado político aquele direito de valorar e dar eficácia aos direitos naturais, estará o homem legitimado ao exercício pleno desses direitos a mão própria, inclusive contra aquele que se encontre instituído no governo do Estado político. Ressalta LOCKE que a violação do interesse do bem comum justifica o direito de resistência, dissolvendo o Estado político, percepção essa que vem a ser posteriormente invocada para justificar o direito de revolução.

A preocupação central no pensamento de LOCKE é a substituição pelo Estado civil do poder que cada indivíduo detém originariamente para exercer o auto-juízo, de realizar as próprias razões, porque o risco de estado de guerra não está no fato de terem os indivíduos direitos naturais de liberdade, igualdade e propriedade, mas no fato de exercerem o poder de valoração desses direitos em face dos demais.

Esse auto-juízo é passível de não se qualificar pela razão objetiva sob a imparcialidade das paixões. O poder de julgar não constrói os direitos de liberdade, igualdade e propriedade, porque sendo naturais da condição do homem pré-existem ao estado civil; esse poder apenas desvela pelo uso da razão os direitos pré-existentes. É o poder de *juris dictio* (dizer o direito) ou de *jurisdição*. Nesse contexto, dado que a ênfase do pensamento de LOCKE quanto ao objeto transferido pelo contrato social do indivíduo para o Estado civil compreende o poder de jurisdição, é razoável incluir esse pensador no rol dos patronos do prestígio político do Poder Judiciário como fundamento da formação e consolidação do Estado liberal moderno.

A construção da idéia de um Judiciário independente para atuar a valoração dos direitos de liberdade, igualdade e propriedade decorre da crítica à parcialidade passional do auto-juízo como causa suficiente a por os indivíduos sob risco de estado de guerra. A independência do Judiciário supõe a não interferência de qualquer outro poder na função de jurisdição. A construção e a preservação da idéia de um Judiciário independente como atributo de imparcialidade desprovida de paixões de interesses, convergem para a futura construção do princípio da separação dos poderes como modelo de limitação da ação política do Estado e da garantia da liberdade do indivíduo, porque a separação será o principal instrumento da independência.

Trazer o pensamento de JEAN-JACQUES ROUSSEAU a presente discussão pode ser visto como uma contradição insuperável nos marcos teóricos do liberalismo. Todavia, o processo político de evolução da função judicial do Estado moderno, se afirmando como Poder político independente em face dos demais Poderes, todavia fora do sistema de representação política, abre espaço para aproveitar a idéia de *legitimação pela vontade geral* que extrai do pensamento do ROUSSEAU. Essa idéia retornará contemporaneamente para ajudar a entender a idéia de *representação funcional* no constitucionalismo democrático, o porquê os juízes, apesar dos respectivos mandatos não serem providos mediante sufrágio, adquiririam legitimidade no exercício do poder, pelo atendimento a essa *vontade geral*. Desse modo justifica-se a alusão ao pensamento de ROUSSEAU nesse estudo, tão perto de LOCKE.

Se ousássemos pretender sintetizar o pensamento de JEAN-JACQUES ROUSSEAU (*Contrato Social*, 2005: 55), seria razoável a expressão de que todos nascem homens e livres, na medida em que a liberdade se apresenta como qualidade do homem no sentido de prerrogativa conceitual. Centrado na noção de liberdade como imanente ao homem, renunciar a liberdade equivaleria a renunciar a si próprio. Cindir o homem e a liberdade não seria apenas reduzir o homem para a condição de não-livre; seria mais grave, porque se tornaria algo menor do que o homem.

ROUSSEAU é mais veemente do que LOCKE na questão da liberdade, dado que o autor do *Segundo Tratado do Governo Civil* ao advertir que nenhum homem pode ser privado de sua liberdade sem o seu consentimento, admite a possibilidade da redução da liberdade desde que consentida. LOCKE vê aquele que se põe na condição de servo mediante consentimento como exercício da ampla disposição da liberdade.

Como visto o liberalismo político tem duas faces: a resistência ao poder absoluto do Estado político e a possibilidade de ilimitado exercício da liberdade até no sentido de reduzi-la desde que mediante consentimento. ROUSSEAU não concordará com essa possibilidade, porque a liberdade é tão absoluta que está fora do poder de disposição inclusive do próprio indivíduo quando diz que *renunciar à liberdade é renunciar á qualidade de homem* (*Contrato Social*, 2005: 62). Para ROUSSEAU a liberdade não é apenas um direito decorrente de um fato; constitui-se como norma imperativa, rompendo, pois, com o individualismo de LOCKE.

No primeiro livro do *Contrato Social* ROUSSEAU atacou a questão do fundamento legítimo da sociedade política. Quando ROUSSEAU diz que “*O homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros*” (*Contrato Social*, 2005: 53) está ressaltando a contradição entre a condição natural do homem, onde não há limites aos impulsos, e a condição social que restringe essa liberdade. A necessidade da passagem do estado natural para o estado social é questionada por ROUSSEAU, bem assim o modo em que se legitimaria essa passagem. Estado de natureza e estado social serão os grandes temas de ROUSSEAU, assentando que não existe a possibilidade de justificar a desigualdade entre os homens como um fato natural. Nem o consentimento pode fundamentar a alienação da liberdade para um soberano.

Desse modo, o contrato social vislumbrado por ROUSSEAU não transferiria direitos naturais para o estado político, mas antes constituiria o povo em sociedade. E aí se apresentaria mais uma distinção entre o contrato social em LOCKE, cuja finalidade assentaria na disponibilidade do direito de legislação e jurisdição ao estado político, implicando redução na situação do homem, e o contrato social em ROUSSEAU, cujo objeto se exauriria na constituição da sociedade sem qualquer redução do estatuto natural do homem. A afeição societária compreenderia essa distinção: irrelevante em LOCKE, fundamental em ROUSSEAU.

O que levaria os homens ao contrato social de ROUSSEAU seria a constatação da impossibilidade de subsistência individual por seus próprios meios no estado de natureza, “*alterando pois o modo de vida através de uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os seus bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes*” (*Contrato Social*, 2005: 69-70). O motivo em si seria a preservação do homem pelo grupo, gerando uma nova entidade “*um grupo moral e coletivo*” ou “*corpo político*”.

Articula então a questão da vontade geral, não como uma hipotética soma da vontade de cada um dos homens, mas como a vontade manifestada no sentido do bem comum, de onde extrai a presunção de certeza dessa vontade geral. Esboça-se o fundamento da legitimidade em ROUSSEAU através da verificação dessa vontade geral na medida em que se conforme e atenda ao bem comum. Vontade geral aí que instaura a lei geral na forma do corpo político impondo-se a todos igualmente e que aceita a incidência dessa lei geral por todos ou, por outras palavras, legitimação pela submissão à própria deliberação e não à de outro indivíduo.

No segundo livro ROUSSEAU discutiu as condições e os limites do poder soberano, ressaltando que a soberania é inalienável porque decorre da vontade geral, cuja origem se dá a partir do exercício da liberdade de todos, que, como visto, é absolutamente indisponível. Transmite-se o poder, jamais a vontade geral. Divergindo de MONTESQUIEU no *Espírito das Leis*, ROUSSEAU sustenta que a soberania é indivisível, não se podendo confundir as diversas partes que compõem o poder com o próprio poder soberano. Essa divergência é polêmica, pois não está claro que MONTESQUIEU tenha afirmado a divisão de poderes em si, mas articulando a divisão funcional de poderes com a finalidade de evitar a concentração de poder em uma única autoridade, dado que o poder soberano é uno na forma do estado político.

Essa é a compreensão contemporânea: não existe tripartição de poderes, mas tão-somente tripartição funcional dos órgãos que exercem o poder, de tal modo que os agentes investidos de função de poder não detenham individualmente a concentração de todas as funções de exercício do poder. O órgão encarregado dos assuntos administrativos não legisla, embora deva pautar seus atos conforme a lei; o órgão encarregado de promulgar as leis não administra nem as executa; e o órgão encarregado de julgar os conflitos de interesse, avaliando as leis e os atos administrativos, não promulga as leis nem administra. Esse é um modelo ideal, dado que a realidade política tempera essa especialização, cuidando apenas para que não se permita a concentração de poderes sob único órgão.

A legitimidade da vida política a que se refere ROUSSEAU se dá mediante o pacto social pela total igualdade de todos, o que somente ocorre quando todos procedem a alienação total ao corpo político. Essa legitimação não se exige apenas por ocasião da constituição do corpo político, mas deve se dar também para o corpo político em atuação. A legitimidade se

renova todo instante em que o corpo administrativo do Estado político dê execução à vontade fundadora.

O terceiro livro do *Contrato Social* trata da forma e do funcionamento do governo aí entendido como o corpo administrativo, que não se confunde com o poder soberano, porque como diz ROUSSEAU até mesmo em uma Monarquia a soberania continua detida pelo povo e o monarca enfeixa as funções de corpo de governo sob a vontade geral do povo. O corpo administrativo como governo tende a ocupar a posição do poder soberano tanto quanto o interesse particular tende a prevalecer sobre o interesse público, risco esse que deve ser evitado.

Como visto em LOCKE, os direitos à igualdade, à liberdade e à propriedade pré-existent à sociedade política, tanto que o Estado ao promulgar leis não tem o poder de contrariar esses direitos que acompanham o homem desde o estado de natureza. As leis políticas ou leis positivas dão forma à razão que desvela o conteúdo das leis da natureza. As leis positivas teriam conteúdo essencialmente declarativo. A ênfase motivacional vista por LOCKE para o homem investir o Estado de poder político é a necessidade de preservação da *imparcialidade* na função de *desvelar, valorar e dar eficácia* aos direitos.

Essa função política de *desvelar, valorar e dar eficácia* aos direitos corresponde à *jurisdição*; é a essência da função judicial, cuja *imparcialidade* é construída e preservada na medida em que a autoridade investida desse poder seja *independente*. Se faltar ou reduzir a independência ter-se-á comprometida a imparcialidade. A independência é a principal virtude do Judiciário, tanto que maior mal faz à sociedade o juiz apaixonado do que o equivocado.

Para ROUSSEAU, mais importante do que a representação política é a satisfação da vontade geral, não como a identificação de uma vontade plúrima resultante da soma da vontade de cada um dos indivíduos. Apura-se a vontade geral pelo atendimento do bem comum. Desse modo, o governo estará conforme a vontade geral desde que voltado para o bem comum, não sendo relevante para tanto a deliberação mediante representação política. A função judicial sendo exercida para o bem comum, segundo ROUSSEAU, estaria conforme a vontade geral, que é a expressão última da soberania popular.

ROUSSEAU, nesses termos, vê o juiz como qualquer outra autoridade política, legitimado em face da soberania popular na exata proporção em que atue voltado para o bem

comum. O fato de o juiz ser eleito ou não ser eleito pelos cidadãos em sufrágio não seria definitivo para aferição da legitimidade da função judicial diante da soberania popular. O que deve ser aferido é a atuação judicial em prol do bem comum como fator de atendimento à vontade geral. E aí cabe o complemento de LOCKE quanto a virtude da *imparcialidade*, porque somente o juiz independente é capaz de satisfazer o bem comum.

Portanto, fica evidente que o objeto do pacto social de passagem do estado de natureza para o Estado político é a entrega pelos homens exclusivamente do poder de *julgar os direitos*. Essa entrega decorre da necessidade de garantia de imparcialidade, que é o núcleo da construção da idéia de independência. Somente o *juiz independente é imparcial*. O Estado político de LOCKE é essencialmente o Estado juiz. É nesses termos que se já o surgimento do Judiciário no bojo da formação do Estado moderno.

Não importa se o juiz está ou não investido de mandato pelo sufrágio direto, porque o que vai legitimá-lo na função política de julgar é a orientação pelo *bem comum* quando então estará realizando a *vontade geral*. Julgar conforme a *vontade geral* produz legitimidade superior à legitimidade obtida mediante representação política. A legitimidade do Estado juiz com referência em ROUSSEAU exalta-se não pela origem, mas pelo fim do julgamento no atendimento ao bem comum.

2. Separação e limitação dos Poderes

MONTESQUIEU esteve na Inglaterra no período de 1729 até 1731, onde foi recebido com honras, tornando-se membro da Academia Real de Londres. O que mais lhe causou admiração nos costumes ingleses foi a possibilidade do governo ser criticado e ainda assim subsistir (*Do Espírito das Leis*, Introdução, TRUC, 2005: 5-23). Calou profundo no pensamento de MONTESQUIEU um modelo político em que coexistiam a *liberdade de crítica* e a *estabilidade do governo*. Esta experiência influenciou a construção da *teoria dos*

três poderes e que na advertência de GUILHON ALBUQUERQUE (2004, v. 1, 119) ainda hoje permanece como uma das condições do funcionamento do Estado de direito. A essência do pensamento de MONTESQUIEU é o funcionamento dos regimes políticos entre a liberdade dos cidadãos e a estabilidade dos governos. Enquanto os contratualistas discutem a questão da *legitimidade* do poder político, MONTESQUIEU explica a dinâmica do *funcionamento* do poder político.

Observando que algumas Monarquias decaíram e outras se tornaram estáveis, MONTESQUIEU percebe que o ponto de ruptura da ordem política se dá na possibilidade de contraposição de posições. Se essas posições se limitam, a ordem política tende a se estabilizar como uma soma de vetores conflitantes de resultado zero. A observação da experiência política inglesa deu-lhe elementos para construir a noção da *moderação* como atributo do funcionamento estável dos governos, que pode ser extraída tanto da tipologia dos governos, em que aborda a teoria dos princípios e da natureza dos regimes, quanto da teoria dos três poderes ou da separação dos poderes.

MONTESQUIEU supera a idéia tradicional de lei como mandamento, dever ou ordem que enfatiza a fonte do poder, seja a divindade, seja o rei, reproduzindo uma situação da natureza. A *lei política*, tal qual a lei científica, passa a ser vista como *relação causal* entre os fatos políticos, deixando de veicular proposição de ordem moral ou religiosa. MONTESQUIEU sob evidente influência do empirismo propõe definir a lei como relações necessárias que derivam da natureza das coisas. A uniformidade percebida nas relações de causalidade entre os corpos físicos também é percebida no comportamento dos homens e das formas de organização política que adotam.

Falar em estabilidade dos governos significa falar em manutenção do poder que, para MONTESQUIEU, não se satisfaz somente com o entendimento da natureza do poder. Desse modo, mais do que entender da natureza do poder, importa conhecer como funcionam os mecanismos do poder. É razoável dizer que MONTESQUIEU supera os contratualistas que se detiveram na descrição *estática do poder*, para adotar como objeto de estudo a *dinâmica do poder*. O exame do funcionamento do poder passa pela descrição e compreensão das relações entre as fontes de poder tanto quanto da forma como o poder se distribui na sociedade.

O número *três* aparece com destaque no pensamento de MONTESQUIEU quanto ao funcionamento do poder. São os *três governos* – Monarquia, República e despotismo; são os

três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Na geometria aplicada sabe-se que a estrutura simples que melhor se equilibra em qualquer tipo de topografia é a base de *três pontos*. Coincidência ou não, a preocupação central de MONTESQUIEU quanto ao funcionamento do poder é a *estabilidade pelo equilíbrio, que resulta na moderação do poder*.

O caso objeto da análise de MONTESQUIEU são as instituições políticas da Inglaterra no século XVIII, onde vai buscar entender as bases constitucionais da liberdade ou de que modo coexistem em harmonia a esfera dos interesses reservados do cidadão e a esfera dos interesses públicos do Estado.

Um dos pressupostos da construção da idéia de moderação do poder é a contraposição de *leis da natureza* e de *leis positivas*. As leis da natureza derivam da constituição do ser humano assim considerado antes do estabelecimento das sociedades. No estado natural o homem não tem o conhecimento, senão a faculdade de conhecer. Nesse estado o homem sente a própria fraqueza e percebe igual fraqueza nos semelhantes. Portanto não existe impulso de atacar o outro.

O medo estimula o homem a procurar a *paz*, que é a *primeira lei natural*. MONTESQUIEU refuta o estado de natureza como de guerra de todos contra todos segundo HOBBS, porque o homem armado hobbesiano é uma construção somente possível depois do estabelecimento da sociedade, que é um estado de passagem do estado de natureza para o Estado político. Além do sentimento de fraqueza no estado natural, o homem sente a necessidade de buscar *alimentos*, que é a *segunda lei natural*. O temor recíproco, imanente ao sentimento de fraqueza, diversamente de afastar os homens, estimula-os a procurarem apoio no semelhante precisamente para suprir a fraqueza que sentem. A aproximação aos semelhantes é incentivada ainda pelo prazer e o encanto entre os dois *sexos*, que é a *terceira lei natural*. Finalmente, pela faculdade comum de conhecimento de que os homens são dotados, floresce o sentimento de viver em *sociedade*, que é a *quarta lei natural*.

O viver em sociedade estabelecida resulta na perda do sentimento de fraqueza, deixando de existir o sentimento de igualdade que havia no estado natural, instaurando-se o estado de guerra. Se for certo que *a união faz a força*, também será certo que *a força faz a valentia*. As sociedades sentem a própria força e produzem um estado de guerra entre as nações. Dentro das sociedades os homens também sentem a própria força perante os outros. O

sentimento de força e de desigualdade cria as condições para que as sociedades e os homens busquem vantagens em benefício próprio, produzindo um estado de guerra.

São duas espécies de estado de guerra que exigem o estabelecimento de leis entre os homens: as leis que regulam as reações entre as diversas nações correspondendo ao *direito das gentes*¹⁴; as leis que regulam as relações no âmbito das sociedades entre os governantes e os governados correspondendo ao *direito político*¹⁵; as leis que regulam as relações entre os cidadãos individualmente considerados correspondendo ao *direito civil*¹⁶.

O direito político se assenta sobre a necessidade de toda sociedade ter um governo. O que forma o *Estado político é a reunião de todas as forças particulares*. A força geral assim constituída pode ser posta nas mãos de *um só* ou nas mãos de *muitos*. MONTESQUIEU conclui que o “*governo mais conforme a natureza é aquele cuja disposição particular se relaciona melhor com a disposição do povo para o qual foi estabelecido*”. Sendo a lei geral a razão humana, que governa todos os povos, então as leis políticas e civis de cada nação não devem ser senão os casos particulares aos quais se aplica esta razão humana. Vale dizer, as leis positivas, segundo a razão humana, não devem contrariar as leis naturais, que são a causa de constituição do Estado político. Não está conforme a razão humana os propósitos do homem que produzem efeitos contrários à causa desses propósitos.

Sobre a constituição da Inglaterra MONTESQUIEU identifica as três espécies de poderes: o Poder Legislativo pelo qual o príncipe ou o magistrado elabora as leis temporárias ou permanentes, corrigindo ou revogando as existentes; o Poder Executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes pelo qual faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança e impede as invasões; e o Poder Judiciário dos que dependem do direito civil, pelo qual pune os criminosos e julga as pendências entre os particulares. Esse último corresponde ao *poder de julgar*.

A idéia de liberdade em MONTESQUIEU é essencialmente política traduzida pela tranqüilidade do cidadão inerente à sua segurança, garantida pelo governo de modo que um cidadão não tema outro cidadão. A reunião do Poder Legislativo e do Poder Executivo na mesma magistratura extingue a liberdade, porque sem limite o poder assim concentrado o cidadão passa a temer “*leis tirânicas, tiranicamente executadas*”.

¹⁴ Direito das gentes ou direito internacional.

¹⁵ Direito político ou direito público (constitucional, administrativo e penal).

¹⁶ Direito civil ou direito privado (família, propriedade, contratos, trabalho e comércio).

Igualmente se extingue a liberdade quando o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Quando o juiz também é legislador o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos é arbitrária; quando o juiz também é o Poder Executivo passa a ter a força de um opressor. MONTESQUIEU adverte que o caminho para o despotismo tem início com a reunião dos poderes na mesma magistratura.

O poder de julgar nesses termos é visto como um *poder nulo* no sentido de que não altera a natureza das coisas. MONTESQUIEU vê os juízes como “*a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor*” (*Do Espírito das Leis*, 2005: 208). Daí a construção da idéia do Judiciário como um *poder neutro* e independente, que não se soma aos outros poderes. A neutralidade do Judiciário significa a ausência de iniciativa de atos que alteram a ordem política existente. Como poder neutro o Judiciário se consolida na missão de preservar a ordem política, pautando-se pela moderação na ação própria, daí a construção da imagem de um poder conservador.

A neutralidade política do Judiciário vista por MONTESQUIEU, quem tem como fundamento original a noção de imparcialidade do Estado juiz como motivo do pacto social de LOCKE, constitui a característica essencial da relação política do Judiciário com os demais poderes definidores do arquétipo do Estado moderno liberal. Esse modelo se transformará em dogma político do constitucionalismo referencial para o ocidente a partir do século XVII. Não haverá nação que se pretenda constituída como Estado liberal que não adote o primado do Judiciário independente e politicamente neutro. A neutralidade do Judiciário conforme MONTESQUIEU é a pedra angular da independência, porque a iniciativa política de algum Poder lhe confere parcialidade.

3. Controle judicial da política

A revolução de independência norte-americana, embora tenha sido inspirada na tradição intelectual e político-ideológica do republicanismo clássico ou humanismo cívico, tem peculiaridades ideológicas que podem ser encontradas nos *porta-vozes da revolução*, os panfletários, ensaístas e comentaristas diversos (BAILYN, 2003: 16-17). Eles não eram filósofos; eram ativistas políticos, comerciantes, advogados, fazendeiros e pregadores. Essa característica pode ser verificada a partir da bibliografia completa dos panfletos relativos à luta anglo-norte-americana, publicados nas colônias no curso do ano de 1776, que incluíam tratados sobre teoria política, história, argumentos políticos, sermões, correspondências e poemas, tendo em comum serem *explicativos*. Mais do que declarar as razões das posições políticas, revelam o motivo dessas posições, as suposições, crenças e idéias. Esses manifestos confirmam que não se tratava apenas de uma luta armada de insurreição; a revolução de independência norte-americana foi uma *luta ideológica*, constitucional, política (BAILYN, 2003: 23).

Os panfletos revelam a influência do pensamento iluminista e de fato mostram a força efetiva de certas idéias religiosas, do direito consuetudinário e da literatura clássica. Todavia, a influência mais marcante revelada nesses panfletos é a tradição transmitida diretamente aos colonos por um grupo de publicistas radicais e políticos de oposição no início do século XVIII na Inglaterra diante da tensão do anti-autoritarismo criado por ocasião da Guerra Civil Inglesa.

A transmissão da Inglaterra para a América do Norte dessa literatura de oposição política forneceu a substância da *ideologia da revolução*, adquirindo essas idéias uma importância nas colônias que não tinham na Inglaterra. Para que se possa avaliar a relevância dessas idéias na formação do pensamento político que impulsionou a revolução de independência norte-americana veja-se o seguinte trecho do testamento de Josiah Quincy Junior de 1774:

Deixo para meu filho, quando ele chegar à idade de quinze anos as obras de Algernon Sidney, - as obras de John Locke, - as obras de Lorde Bacon, - Tácitos de Gordon, - e Cato's Letters. Que o espírito da liberdade pouse sobre ele! (BAILYN, 2003: 41).

Resta saber quais eram as fontes dessa visão de mundo. De onde, de quem derivaram tais idéias e atitudes. O pensamento político dos colonos, contido nos panfletos, revela um ecletismo geral, dado que eles tinham à mão as grandes obras da cultura ocidental. Todavia, constata-se de seu conteúdo que tiveram influência direta na formação da geração revolucionária as idéias e atitudes associadas aos escritos do racionalismo do iluminismo, ou seja, escritos que além de expressar a forma liberal do racionalismo também incorporavam o conservadorismo iluminista. FRANKLIN, ADAMS e JEFFERSON citavam com profusão os textos clássicos do iluminismo, lutando pelo reconhecimento legal dos direitos naturais, bem assim contra todas as instituições associadas ao *ancien regime*. São influentes as idéias e escritos dos principais pensadores do iluminismo europeu, desde críticos sociais e reformistas como VOLTAIRE, ROSSEAU e BECCARIA até conservadores como MONTESQUIEU. Sobre direitos naturais os pensadores políticos panfletários citavam LOCKE e sobre contrato social de constituição do Estado político MONTESQUIEU (BAILYN, 2003: 70).

A teoria política pré-revolucionária se fundamenta na crença de que aquilo que está por trás da cena política, como explicação de toda controvérsia política, é a *distribuição do poder*. Os colonos não tinham dúvida sobre o que é o poder e o seu papel central na política, distinguindo o poder da mera qualidade da força descrita na física. Poder significava para os colonos o controle humano da vida humana, o controle de uns sobre os outros. BAILYN (2003: 72-73) cita trechos de panfletos coloniais, registrando que os colonos não alimentavam ilusões românticas sobre o poder:

(...) o poder tem uma natureza intrusiva (...); (...) se a princípio, não encontra controle, estende-se pouco a pouco e rapidamente toma o todo (...); Às vezes a imagem é da mão humana, 'a mão do poder', que se estende para agarrar e segurar: o poder é 'ganancioso' e 'opressivo' por natureza (...) 'retém tudo que agarra' (...); (...) como o oceano, que não admite facilmente que não lhe sejam fixados limites (...); (...) como um câncer, que devora cada vez mais rápido à medida que passa o tempo (...); (...) está em toda parte na vida pública e em toda parte é ameaçador, intrometido e ganancioso (...).

A importância extraordinária que os colonos davam à agressividade do poder decorria da evidente presa natural de um poder sem limite ser a liberdade, a lei e o direito. Era uma visão mais do que realista; eram pessimistas quanto a natureza humana no exercício do poder.

Os colonos percebiam a polarização entre a esfera do poder, ativa, negligente e a qual se deviam resistir, e a esfera da liberdade e do direito, passiva e sensível, a qual se devia defender. Não que o poder fosse em si um mal metafísico por sua própria natureza. O poder era legítimo a partir do pacto social entre os homens, no qual manifestavam o consentimento às recíprocas restrições, aceitas por todos para o bem de todos. O pensamento político dos colonos via a sociedade surgida do estado de natureza criando o governo para servir como depositário e guardião do conjunto dos poderes individuais cedidos, a partir da teoria de LOCKE. O que tenderia a usar do poder como um flagelo nefasto e severa punição para o povo era a natureza fraca do homem, susceptível à corrupção e à ânsia de engrandecimento.

O que sobremaneira preocupava os colonos era a incapacidade da espécie humana de resistir às tentações do poder. Conforme SAMUEL ADAMS, citado por BAILYN (2003: 73), em discurso à Assembléia de Cidadãos de Boston, sobre a depravação da humanidade:

(...) que a ambição e a volúpia de poder acima da lei são (...) paixões predominantemente no peito da maioria dos homens (...) que em todas as nações combinaram as piores paixões do coração humano e os piores projetos da mente humana aliados contra as liberdades do homem (...) converte o homem bom na vida privada em um tirano no poder.

Os colonos se associam aos ingleses como herdeiros de uma herança ímpar de liberdade. Os comuns da Inglaterra se acreditavam descendentes dos saxões, homens simples e fortes, que haviam conhecido a liberdade desde tempos imemoriais e que, não obstante a invasão e o domínio normando haviam mantido o desejo de preservar a liberdade. Nas lutas constantes contra as tentativas de déspotas que ameaçavam a liberdade, os ingleses desenvolveram métodos de controle do poder e daquelas tendências maléficas da natureza humana. Mais do que os ingleses, os colonos norte-americanos eram pessimistas quanto a natureza do homem. A religião forte dos puritanos com a visão do pecado original marcou o pensamento político, o que levou a construção de instituições objetivas com o fim de limitar o poder do governo (BAILIN, 2003: 78).

A idéia de Constituição que os ingleses e os colonos norte-americanos compartilhavam, diversa da atual definição formal como um documento escrito, era aquele modo de vida oriundo dos antigos saxões, imanente a uma ordem existente de instituições governamentais. É razoável afirmar que a idéia de Constituição do senso comum no século XVIII entre ingleses e colonos norte-americanos seria um objeto de estudo mais adequado ao entendimento pela sociologia política do que pelo direito. O sucesso dessa noção de Constituição sociopolítica estava na própria capacidade de equilibrar e refrear as forças básicas dentro da sociedade (BAILIN, 2003: 79).

As três ordens sociais inglesas consolidadas nessa Constituição sociopolítica, cada uma com seu estatuto peculiar, representavam forma distinta de governo conforme o modelo de ARISTÓTELES: a *coroa*, o governo pela Monarquia; a *nobreza*, pela aristocracia; e os *comuns*, pela democracia. Se de um lado, conforme a visão aristotélica, todas são aptas a produzir a felicidade humana, de outro lado, se não controladas, tendem a se degenerar em tipos opressivos de governo: a Monarquia em tirania, a aristocracia em oligarquia e a democracia em demagogia. Mas na Inglaterra as três ordens compartilharam equilibradamente o poder. A distribuição do poder entre as ordens da sociedade era de tal modo que nenhuma delas dominava definitivamente as outras (BAILIN, 2003: 81).

A restrição e o equilíbrio dos poderes decorreriam da ação executiva da coroa estar confinada aos limites da lei, de cuja promulgação participava todas as ordens sociais. JOHN ADAMS (BAILYN, 2003: 84) vê algo mais no sistema de limitação do poder inglês, que considera essencial para preservação da liberdade, que é a instituição do grande júri. Os comuns participavam do julgamento dos seus pares de modo que tinham atuação efetiva no momento da aplicação da lei. Não é suficiente participar da elaboração da lei, porque o arbítrio em detrimento da liberdade se manifesta com igual ou maior intensidade na aplicação da lei. O equilíbrio da Constituição inglesa se completava mediante a participação popular no grande júri. A consolidação do respeito ao veredicto (*veredictum*, verdade dita), intangível pelas ordens sociais, é o substrato sobre o qual se construiu a idéia de equilíbrio que resultaria na estruturação do princípio político do *Judiciário independente*.

Daí a máxima de que é função dos juízes “*resolver as disputas entre a prerrogativa e a liberdade... verificar os limites do poder soberano e determinar os direitos dos súditos*”, a qual somente se desenvolve adequadamente quando “*perfeitamente livres da influência de ambos*” (BAILYN, 2003: 85). Enfim, para que o poder seja confinado em seus limites legais e

o direito do indivíduo respeitado é essencial que o Judiciário seja firme na independência de suas funções em caráter permanente, fora do alcance da vontade do Executivo. A Constituição inglesa, estruturada mais sociopolítica do que juridicamente, albergou a evolução dessa máxima de julgamento independente pelos pares desde tempos imemoriais da cultura saxônica, como um atributo de liberdade inerente ao modo de vida inglês. Sempre que algum poder externo, como a invasão dos Normandos ou poder interno, como o despotismo dos Tudors e Stuarts, de algum modo cerceou o julgamento independente pelos pares, as ordens sociais inglesas resistiram com armas. Sendo essa noção imanente à Constituição sociopolítica, ainda quando em longos períodos dominava o despotismo, sobrevivia na alma e no ideário do povo inglês o apego à liberdade (BAILIN, 2003: 86-89).

Os colonos norte-americanos transpuseram esse modelo de equilíbrio de poderes que entendiam existir na Inglaterra, mas com ênfase maior na idéia de liberdade vinculada à preservação desse equilíbrio. Os colonos conceberam a liberdade como o exercício dos direitos naturais dentro dos limites da lei promulgada pelo povo, mas com visão pessimista do homem, receando a iminência de novas tiranias, o que explica de certa forma a preocupação com a construção de instituições políticas eficazes na limitação do poder. MADISON (O Federalista, 2003: 318) resume o pessimismo com a natureza humana:

Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo: mas, quando o governo é feito por homens e administrado por homens, o primeiro problema é pôr o governo em estado de poder dirigir o procedimento dos governados e o segundo obrigá-lo a cumprir suas obrigações.

Por ocasião da independência norte-americana o grande debate político era a definição do modelo de governo, se seriam mantidos os Artigos da Confederação, pelo qual o governo central decorria do pacto apenas entre as colônias ou se, mediante aprovação de um pacto de maior alcance e força, tanto as colônias como os cidadãos se vinculariam politicamente ao governo central. HAMILTON no *Federalista* nº 15 questiona se realmente haveria um governo apenas fundado nos Artigos da Confederação, porque é da essência de um governo o poder de baixar leis que seja respaldado por uma punição em caso de desobediência. No caso dos Artigos da Confederação, como os cidadãos não integravam o pacto político, as leis do governo central não os atingiam, porque ninguém duvidava naquele momento de que a lei

somente obrigaria mediante consentimento, que era o ideal de liberdade que uniu todos os colonos na revolução de independência(BAILIN, 2003: 94)

O Federalista, na palavra de HAMILTON, dedica atenção especial ao problema do controle dos detentores do poder, porque, conforme já referido, os homens não são governados por anjos, mas sim por outros homens. *O Federalista* segue o pensamento liberal. Os críticos do federalismo, que defendem a manutenção dos Artigos da Confederação, justificam o temor de um governo central forte invocando MONTESQUIEU, que recomenda a Monarquia como sistema de governo mais adequado para nações de grandes extensões territoriais. Curiosamente, é o mesmo MONTESQUIEU lembrado em *O Federalista* para motivar o sistema de limitação do poder, que só pode ocorrer mediante a contraposição de outro poder, que é o fundamento da teoria da separação dos poderes. MONTESQUIEU com fartura de idéias se prestava a acudir tanto os defensores de um governo central forte quanto os que refutavam essa proposta.

O Federalista se afasta do pensamento de MONTESQUIEU apenas na questão do governo misto, cujo exemplo de sucesso vinha da Inglaterra. O ponto central desse modelo está na distribuição das funções de governo por diferentes grupos sociais, que no exemplo da Inglaterra são a realeza, a nobreza e os comuns, deixando o exercício do poder de ser uma prerrogativa exclusiva de apenas um desses grupos, de modo que o poder atua mediante colaboração política.

O governo misto de MONTESQUIEU é modalidade de separação de poderes entendido como a não concentração do poder político em apenas uma das ordens sociais: não está exclusivamente nas mãos da coroa, nem da nobreza nem dos comuns. O governo misto, embora supondo um tipo de separação de poderes, não equivale à distribuição horizontal das funções básicas como conhecidas no Estado liberal moderno para legislar, administrar e julgar, atribuídas a órgãos políticos independentes entre si. O modelo da distribuição horizontal repousa na garantia de independência dos diferentes órgãos de poder com atribuição de controlar os demais órgãos; é um sistema de controles e freios recíprocos.

O princípio da separação dos poderes como construído no constitucionalismo norte-americano a partir dos papéis federalistas, com a finalidade de evitar a tirania, impede que os poderes se concentrem no mesmo órgão ou na mesma autoridade política. Para que se obtenha eficácia nesse sistema é essencial que cada um dos órgãos políticos seja dotado de poder

suficiente para controlar e frear os outros órgãos políticos, garantindo assim que o governo seja exercido por intermédio desses órgãos nos limites constitucionais.

É evidente que esse equilíbrio é ideal porque os fatos políticos não têm a precisão das coisas físicas. Utilizando a tipologia de ARISTÓTELES, cada forma de governo terá um foco irradiador de poder mais intenso do que outros. Em situações de abuso, assim, na Monarquia o risco à liberdade provém mais do Poder Executivo que é exercido pela realeza; na democracia o risco provém do Legislativo.

O Poder Legislativo mediante sua função ordinária faz as leis que são os limites da atuação dos demais poderes. As leis caracterizam um controle *a priori* da atuação dos demais poderes, dado que devem se submeter a elas. A originalidade do constitucionalismo norte-americano instituiu um bicameralismo, onde o Senado como segunda câmara legislativa, composta de representantes dos Estados federados, se contrapõe no processo Legislativo como revisor à Câmara dos Deputados, que é a primeira câmara composta de representantes dos cidadãos dos Estados federados. O modelo propõe que uma câmara modere a atuação da outra.

O problema do Poder Legislativo está na deliberação dos representantes eleitos para mandatos temporários e que almejando a re-eleição os representantes tendam obviamente a deliberar segundo a vontade da maioria dos cidadãos representados. Age assim o Poder Legislativo por *deliberação de vontade*. Disso sobrevém o receio de que pela simples *deliberação da maioria* sejam feitas leis que contrariem os direitos naturais de liberdade, igualdade e propriedade de parcela da população, motivado por paixões meramente facciosas. Esse o grande perigo da corrupção do Poder Legislativo. Para controlar e limitar o Poder Legislativo a engenhosidade política dos primeiros constitucionalistas norte-americanos erigiu o Judiciário com o poder de interpretar a Constituição de tal modo que está habilitado a negar validade às leis que infringem a Constituição.

O Judiciário, por ser destituído de função política ativa, é um poder desarmado, o mais fraco deles sob esse aspecto. HAMILTON no *Federalista* nº 78 propõe atribuir à Suprema Corte, que é a cúpula do Judiciário norte-americano, a independência para dar a palavra final sobre o alcance do texto da Constituição (*O Federalista*, 2003: 457-463). Os críticos posteriores falam até de uma ditadura da Suprema Corte, pois de suas decisões não existem recursos. A garantia de independência para o Judiciário decorre da vitaliciedade dos mandatos

dos juízes da Suprema Corte, de tal modo que não interfere na construção da interpretação qualquer preocupação em atender os interesses da maioria.

Posteriormente, no século XIX, JOHN STUART MILL (1998: 83; 176), embora como utilitarista não reconheça a possibilidade de direitos naturais, vai defender a liberdade no interesse não apenas de uma minoria esclarecida, mas de toda a humanidade, porque é precisamente a liberdade que vai propiciar a possibilidade de divergência como caminho racional para a verdade. MILL critica a opinião pública prevalecente como suposta fonte de validação da deliberação da maioria, que é forma de despotismo. Como é função do Judiciário desvelar a verdade no julgamento, é válida a advertência de MILL contra a tirania da opinião pública, preservando a independência do Judiciário mediante mecanismos que o tornem alheio às *deliberações de vontade* próprias da maioria no modelo de representação política.

Se ao Legislativo, como câmara constituída de representantes investidos de mandatos temporários, é atribuído *deliberar pela vontade*, caracterizando-o tipicamente como um *poder de iniciativa política*, ao Judiciário, cujos membros são investidos de mandatos vitalícios, é atribuído *deliberar pela verdade*, agindo como um *poder sem iniciativa política* ou, como diz MONTESQUIEU, *poder neutro*. O juiz quando julga provê um *verdictum*.

Com efeito, preocupava aos constitucionalistas pioneiros admitir que os temas de direito indisponível, como liberdade, igualdade e propriedade, fossem objetos de vontade da maioria, o que poderia desencadear o não menos temível despotismo da maioria em detrimento da minoria. É razoável e isso se espera da *vontade da maioria* que delibere sobre assuntos que demandem iniciativa política de interesse coletivo, como política de comércio, moeda e estradas; mas não é razoável permitir que a *vontade da maioria* infrinja o *direito da minoria* restringindo-lhe a liberdade. De passagem é bom lembrar que o zelo na proteção da minoria, dado o pragmatismo político dos colonos norte-americanos, tinha endereço sobremodo na proteção da propriedade, de poucos, ante o risco de um confisco pela maioria.

Por isso os direitos naturais do homem foram declarados na constituição, pondo-se como guardião desses direitos o Judiciário, a quem cabe *deliberar pela verdade*, porque dizer se alguém tem ou não certo direito é juízo de valor da razão, que desvela uma realidade dada. O Judiciário como poder neutro não cria o direito, apenas garante o direito, não obstante o poder de interpretar a Constituição muito se assemelhe a um poder de construir o direito na

medida em que somente a partir da interpretação se reconheça o direito que antes não se vislumbrava no texto frio da Constituição.

Sem dúvida o Judiciário norte-americano era um poder neutro no que se refere à iniciativa política, mas inquestionavelmente um poder dotado de tanta força política quanto os demais poderes, de modo que era apto a contrapor-se a eles, controlando-os e limitando-os em defesa do cumprimento da Constituição. Essa força política judicial capaz de controlar e limitar o Executivo e o Legislativo é criação original dos constitucionalistas norte-americanos a ponto de impressionar TOCQUEVILLE (*A Democracia na América*, 2001: vol. I) em viagem de estudo em 1830 sobre o sistema penitenciário naquele país, comparando-o ao modelo francês no qual ao juiz não é dado julgar os atos de governo e a validade das leis.

TOCQUEVILLE enfrenta as suas reservas diante da democracia como os europeus a vêm sob o pressuposto da igualdade, em princípio inconciliável com a liberdade. Na América, TOCQUEVILLE testemunha um novo modelo político, onde se inaugura a democracia sustentada na representação política sem prejuízo da liberdade. Os colonos norte-americanos, como se vê nos papéis federalistas, não tinham preocupação em resolver o problema da democracia. Ao contrário, a democracia cuja noção lhes chegava através de ARISTÓTELES, de ROUSSEAU e de outros pensadores, trazia a idéia da participação direta do povo nos assuntos de governo, o que era inviável pelas dimensões continentais do país e pela característica cultural dos colonos norte-americanos muito mais voltados aos assuntos privados da produção econômica. Some-se a isso a questão do risco do despotismo da maioria sobre a minoria, tema amplamente discutido nos papéis federalistas.

Os pensadores norte-americanos, embora comprovadamente atentos à literatura política clássica e moderna, eram mais do que tudo ativistas políticos, pragmáticos, imbuídos da missão de construir um Estado a partir do ideário liberal trazido da Inglaterra, mas com total rejeição ao governo monárquico. A construção do modelo do Estado federal, onde coexistem duas ordens políticas, uma constituída pelas colônias que se transformaram em Estados federados e outra constituída pelo pacto político entre os Estados federados e os cidadãos, que voluntariamente transfeririam determinados poderes ao governo central, junto com o sistema de controle e limitação recíproco entre os órgãos dos poderes e a representação política foi a solução genial que redundou no desenho de uma ordem política democrática, preservando simultaneamente a liberdade e a igualdade.

Por isso TOCQUEVILLE fala de um processo crescente de igualdade entre os cidadãos sem prejuízo da liberdade que estava ocorrendo nos Estados Unidos da América, o qual vai definir como democracia. É claro que a igualdade presenciada por TOCQUEVILLE não é uma igualdade de resultados, mas de oportunidades, de modo que o governo não impõe que todos sejam iguais, mas garante aos cidadãos igual oportunidade. A sociedade norte-americana será desigual na medida em que os homens são desiguais, produzindo desigualmente por isso, apesar de igual oportunidade ser garantida a eles.

Daí o conceito de democracia que TOCQUEVILLE desenvolve a partir da experiência sociopolítica norte-americana ser essencialmente liberal. O risco de uma democracia em que se busque a igualdade de resultados para TOCQUEVILLE é a supressão da liberdade mediante uma sociedade de massa, formando uma tirania da maioria ou um Estado despótico. Mas não deixa de criticar o individualismo exacerbado dos norte-americanos, porque muito preocupados com seus negócios privados tendem a se desinteressar dos negócios públicos. Isso estimula o Estado a decidir alheio à vontade dos cidadãos, vindo a final a intervir na liberdade, o que põe o risco de surgimento de um Estado despótico.

Nesse processo sociopolítico tendente ao individualismo, afastando o cidadão da preocupação com os negócios públicos, o papel do Judiciário no controle e limite do poder político, invalidando atos e leis do governo que julgar contrárias à Constituição conforme a interpretação que dá, assume relevância essencial na preservação da liberdade. É assim o Judiciário a peça mais importante no sistema de controles e freios recíprocos em uma sociedade onde os cidadãos passam a se voltar mais aos seus afazeres particulares. Tanto isso é verdade que a fraqueza de poder que mais põe em risco a liberdade é a dos juízes.

É razoável dizer que os cidadãos serão tanto mais livres quanto mais controlados e limitados forem o Poder Executivo e o Poder Legislativo; mas a liberdade dos cidadãos é diretamente proporcional ao grau de independência e força que se reconhecer e garantir ao Poder Judiciário. O Judiciário não é um poder temido, capaz de por em risco a liberdade, porque é um poder neutro, desarmado, sem iniciativa política, que age somente mediante provocação. Essa qualidade de agir mediante pedido do cidadão com o poder de interpretar a Constituição e julgar as leis do Legislativo e os atos administrativos do Executivo dá ao Judiciário a primazia no controle da política do Estado para preservar a liberdade.

4. Função judicial na democracia

Cumpra investigar a questão da *democracia* em face da *judicialização da política* no contexto do *liberalismo*, não obstante sabendo-se de antemão que se trata de noções distintas confirme adverte BOBBIO (*Liberalismo e Democracia*, 2005: 42) em discussão mais adiante. VITAL-NAQUET (2002) volta à importância filosófica fundamental: *a democracia é possível porque a política é possível, e a política é, por definição, assunto de todos*. É necessário que todos possam exprimir-se, mas que os mais numerosos tenham a vitória. A democracia está assentada na regra da maioria (VITAL-NAQUET, 2002: 184)¹⁷.

Aquele núcleo do conceito grego de democracia – *igualdade de direitos para o preenchimento de cargos e garantia de participação de todos no governo* – traz em si a idéia *formal* inerente ao processo de provimento de cargos, mas igualmente dá passagem à idéia *substancial* de participação no governo. 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.

Conforme a classificação proposta por BOBBIO (*Dicionário*, 2000), três tradições predominam na evolução conceitual de democracia: 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; e a *teoria moderna* ou de MAQUIAVEL, nascida com o Estado moderno, segundo a qual as formas históricas são essencialmente as monarquias e as repúblicas.

¹⁷ “Como Ésquilo representa a cidade ao mesmo tempo uma e dividida? (...) As Suplicantes põem em cena algumas jovens que se pretende casar à força com primos irmãos e que pedem asilo ao rei de Argos. Elas tomam esse rei de fato por um rei, isto é, com liberdade para decidir. Mas Pelasgo sabe que o poder pertence ao povo e decide consultá-lo: ‘Não estais em julgamento no meu lar; se a mancha atinge toda Argos, que o povo inteiro se ocupe de descobrir um remedi para isso’ (365-367). Pela primeira vez, segundo nosso conhecimento, em Atenas, o termo **demos** e o verbo **kratêin** se aproximam: ‘Diz agora a qual opinião a mão soberana do povo (**demou kratôusa khêir**) deu a maioria’ (601). Já estamos aí no quadro da regra democrática.”

BOBBIO (*Democracia e Liberalismo*, 2005) distingue *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 à totalidade ou à maioria participar do governo, mas não se dá limite ao poder do Estado. Como sustentado por BENJAMIN CONSTANT (*in* BOBBIO, *Democracia e Liberalismo*) em discurso no Ateneu Real de Paris em 1818, é exigência dos Estados social e economicamente desenvolvidos simultaneamente de um lado *limitar* o poder e de outro *distribuí-lo*. Nesse ponto vem a calhar a advertência de APPIO (2007) que o problema a ser resolvido com o fenômeno da judicialização da política está mais no *controle e na limitação* do que na *representação política* dos membros do Poder Judiciário.

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 defendido por MADISON (2003). Já aí estava presente a recorrente *ressalva* quanto às imperfeições da *democracia direta* para o bom exercício do governo (talvez aí presentes indícios da teoria das elites, mal disfarçado sob argumentos lógicos como *dimensão 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 – o *Federalista*, seguindo os passos dos constitucionalistas franceses da época, sistematizou 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 (2001) associou *democracia* e *igualdade*. 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 gira em torno de como o exercício efetivo do poder pelos representantes possa guardar maior adequação aos representados, sem perder de vista o problema do controle do poder. A representação política não é percebida apenas como um modelo de provimento de cargos políticos, mas como um engenhoso sistema de prestação de contas pela responsabilidade política, que é forma de controle e limitação do poder.

BOBBIO (*O Futuro da Democracia*, 2004) ressalta que para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural, porque a democracia é dinâmica e o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo. Não obstante as *promessas não cumpridas*, mormente a sobrevivência do poder invisível (organizações paralelas ao Estado), a permanência das oligarquias, a supressão dos corpos intermediários, a revanche da representação dos interesses, a participação interrompida, o cidadão não-educado, ainda prevalece a definição mínima de democracia como primariamente um conjunto de regras de procedimentos para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados; ainda assim, o correto funcionamento de um regime democrático somente é possível no *governo das leis*, porque, conforme repete BOBBIO, *direito e poder são as duas faces de uma mesma moeda; só o poder pode criar o direito e só o direito pode limitar o poder*. Preocupa profundamente BOBBIO (2003) a questão do controle e da limitação do poder como ponto fundamental para viabilizar a democracia, ao ponto de sempre indagar, sob evidente inspiração em SARTORI: *Quem controla os controladores?*

O problema da *representação* como elemento da democracia representativa provocou a discussão de diversos modelos para garantir maior grau de adequação entre representantes e representados. HOBBS (*Leviatã*, 2004) articulou a *delegação* total da soberania popular ao rei mediante um *pacto 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 questão da representação política, que em LOCKE é pacífica porque aceitável a transferência do direito de legislação e de jurisdição do povo para o Estado político, que desse modo age em nome e à conta do povo, é negada em ROUSSEAU em nível de soberania, dado que o corpo de governo deve agir em perfeita submissão à vontade do povo. De acordo com ROUSSEAU não há representação de vontade, porque desde o momento em que o povo se dá representantes deixa de ser livre. De outro modo, o exercício da vontade geral por intermédio de representantes significaria *bis in idem* de vontades: a vontade do representado e a do representante. A delegação de vontade causaria a perda da vontade de quem a delegou, porque o delegado irá declarar a vontade própria. Essa posição é consentânea com a inalienabilidade da soberania. Caso se aperfeiçoe a representação, a manifestação de vontade do representante poderá até assemelhar-se à do representado, mas não será a vontade do representado, ficando a vontade desse reduzida à vontade daquele. Por isso para ROUSSEAU a outorga de representação reduziria o povo à servidão. De fato ROUSSEAU até admite a possibilidade de representação em termos de corpo de governo, recomendando acurada vigilância pela tendência de agir contrariamente à vontade soberana, mais agindo em nome e a interesse próprios do que em nome e a interesse do representado.

O conceito de representação política nas democracias ocidentais, geralmente conectadas aos contextos das assembleias parlamentares constituídas mediante eleições periódicas, não obstante se constituir em instituição relevante da política moderna, ainda remanesce equívoco. A histórica da representação política tem evoluído no sentido de não mais se referir à representação de segmentos da sociedade em face da prevalência do sufrágio universal e da generalização dos partidos de massa (PITKIN, 1997). Além disso, a expressão representação comporta inúmeras acepções, podendo significar ação de acordo com determinadas recomendações ou ordens, ou ainda uma reprodução de interesses que traduzam as prioridades dos representados.

A representação política se contrapõe aos regimes autocráticos porque as ações de governo não guardam vinculação com os interesses do povo; também se contrapõe aos regimes de democracia direta porque o poder se exerce pelo próprio povo sem intermediações de qualquer ordem. Mas é aceito que a representação política nas situações em que ocorre

pressupõe a possibilidade de controle do poder do governo político, a tal ponto de quase subsumir o conceito de representação no de controle.

BOBBIO (*Democracia e Liberalismo*, 2005) no que tange ao conteúdo da função e ao papel dos representantes na bibliografia política alinha três modelos da representação política: como relação de delegação, em que o representante é concebido como um executor desprovido de iniciativa e de autonomia, como se fora um embaixador; como relação de confiança, atribuindo autonomia ao representante desde que sua orientação se dê exclusivamente no interesse dos representados ou do bem comum; e como espelho ou representatividade sociológica, mais centrada sobre o efeito de conjunto do que no papel do representante, de sorte que o organismo representativo reproduza fielmente as características do corpo político, destacando as características políticas e ideológicas, sócio-econômicas, profissionais, religiosas, culturais, étnicas e raciais. Os dois primeiros modelos viabilizam grau de representatividade muito baixo, ao passo que o terceiro modelo, especialmente nos sistemas eleitorais proporcionais, viabiliza elevado grau de representatividade. O elemento fundamental do mecanismo de garantia de representação decorre das eleições dos organismos parlamentares, o que permite definir como uma representação eletiva, cuja legitimidade está na proporção direta do grau de liberdade para expressão do sufrágio. O processo do qual emerge a representação política se dá em intensa competitividade regulamentada, do qual o povo é o juiz. Somente se pode falar de representação política quando as estruturas políticas assegurem o controle dos organismos representativos, nos quais se fundamenta a legitimidade.

A expressão participação política em geral compreende o voto, a militância partidária, a manifestação pública, a contribuição para agremiações políticas, a discussão política, a participação em comícios e campanhas eleitorais, conforme ocorrente nas democracias ocidentais. BOBBIO (*Democracia e Liberalismo*, 2005) relaciona três formas de participação política que se distinguem basicamente pela graduação de intensidade. A primeira forma de participação corresponderia à mais branda, essencialmente passiva, pela simples presença em ambientes políticos; a segunda forma é designada de ativação, quando o sujeito dentro ou fora de uma organização política atua efetivamente, envolvendo-se em campanhas eleitorais; finalmente, a terceira forma, nomeada participação em sentido estrito, é reservada para aquelas situações em que o sujeito atua direta ou indiretamente concorrendo para uma decisão política, somente viável em quadros políticos reduzidos, sem caráter competitivo.

O ideal democrático, segundo BOBBIO (*Democracia e Liberalismo*, 2005), supõe cidadãos atentos à evolução da coisa pública e suficientemente informados dos fatos políticos para habilitá-los a discernir quanto ao exercício da participação política em qualquer das três formas apontadas. A mais comum forma de participação política se resume ao processo eleitoral. Todavia, é fato notório que no Brasil parte considerável das pessoas não sabe o nome de líderes políticos nem lembra o nome de membros do governo, bem assim não confia nos políticos porque eles mais representam a si próprios do que os eleitores. O Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília no 2º semestre de 2006 realizou uma sondagem de opinião pública nesse sentido e as conclusões coincidiram com essa percepção¹⁸.

CAROLE PATEMAN (1992) preocupa-se com o lugar da participação política na teoria democrática atual, retornando ao exame do pensamento de ROUSSEAU, por ela tido como o teórico da participação, além de outros nomes, no contexto do trabalho nas indústrias. A participação política é objeto de polêmica contraditória, visto que se de um lado é estimulada como prática saudável de validação da democracia, de outro é vista, sobretudo por cientistas políticos dos Estados Unidos, como um papel menor e ainda com certo perigo para a própria democracia. Segundo essa corrente, um elevado grau de participação política poderia gerar instabilidade. A origem dessa preocupação está no modo simplista e polarizado – quase maniqueísta – em que classificam os regimes políticos contemporâneos entre democracia e totalitarismo como únicas alternativas possíveis. Invocam como precedentes o caso da ascensão do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália no começo do século XX, produzido no contexto de intensa participação política das massas. Um dos pensadores preocupados com a participação intensa na democracia clássica era JOSEPH SCHUMPETER, pugnando pela redução do conceito de democracia como um método político ou arranjo

¹⁸ A sondagem de opinião pública objetivou entender sobre diversos aspectos da política brasileira contemporânea, executada pela classe dos alunos matriculados na disciplina Teoria Política Contemporânea do Mestrado Acadêmico em Ciência Política da Universidade de Brasília, sob a docência do Professor RICARDO W. CALDAS, Ph. D.; os dados foram coletados entre os dias 10 e 12 de junho de 2006 em todas as regiões administrativas do DF; foram entrevistadas 785 pessoas; as respostas aos questionários foram analisadas e convertidas em expressões sintéticas; foram consideradas apenas as respostas que informam situações de fato pertinentes à investigação do problema da apuração da noção de democracia que predomina na opinião da população do Distrito Federal, analisado à luz da teoria das elites; foram desprezadas as respostas que trazem em si alguma conclusão ou valoração antecipada, dado que o objetivo não é identificar o nível de conhecimento teórico sobre a noção de democracia, mas tentar apurar que elementos efetivamente balizam a noção de democracia nessa população; os marcos teóricos para o balizamento da noção de democracia foram extraídos dos conteúdos da ementa da disciplina Teoria Política Contemporânea; a hipótese proposta neste trabalho é a de que a população no Distrito Federal acredita em dois fenômenos políticos: como realidade, na existência de uma elite, constituída pelos políticos e empresários, que tem o poder sobre o governo, não representa o povo, não merece confiança e se apropria do Estado para obter vantagens para si em detrimento da sociedade; como ideal, acredita na democracia.

institucional para se chegar a decisões políticas, cujo fundamento seria a suposta irracionalidade do povo, cuja participação política desse modo estaria restrita ao exercício do voto.

A percepção de LOCKE sobre como se constitui a passagem do estado de natureza para o Estado político e como se legitima essa passagem enfaticamente mediante o consentimento, transferindo o direito de procedimento da legislação e de jurisdição, reserva ao indivíduo a integridade dos direitos naturais de liberdade, de igualdade e de propriedade. Essa visão se torna atual para o exame da política contemporânea no que se refere à realidade da representação política, que confere ao representante intensa independência nas ações políticas, desde que permaneça fiel às linhas gerais que norteiam esse consentimento. Tais linhas gerais restringem-se à não interferência no conjunto dos grandes direitos, naturais e positivos.

O pensamento de ROUSSEAU quanto ao ideal de participação política de cada um dos indivíduos, exercendo atuação direta sobre o corpo do governo e assim afetando o rumo das decisões políticas, também é atual. Mas essa atualidade de ROUSSEAU deve ser adequada à ressalva de que essa participação somente é efetiva por intermédio de certos grupos de pressão, dado que a participação individual vem se reduzindo ao voto de conteúdo efêmero e de certo modo descomprometido. A participação política por intermédio de grupos organizados de pressão é extremamente elevada. Podem ser citados no Brasil como casos de grupos organizados de pressão: os trabalhadores pelas centrais sindicais, os movimentos sociais informais a exemplo dos trabalhadores sem terra, as categorias econômicas no âmbito das associações de indústria e comércio, as organizações de classes profissionais de que são expoentes a Associação Brasileira de Imprensa a Ordem dos Advogados, as diversas corporações de agentes públicos constituídas pelos magistrados, membros do ministério público, fiscais de tributos e policiais. A participação desses grupos de pressão interfere intensamente no rumo das decisões políticas, atraindo o resultado da ação estatal para o atendimento dos respectivos interesses, que podem ser ou não convergentes com os interesses dos demais membros da sociedade que por suas características individuais se afastam dos assuntos políticos.

Posto isto, hipótese interessante a ser investigada pela ciência política é da coexistência de representação política sob laços frouxos de controle pelos representados, mais preocupados em não ter presente a ação do estado em face das respectivas situações

individuais, precisamente no embalo do pensamento liberal de LOCKE, e de participação política direta, ativa e permanente, não apenas controlando o corpo de governo mas influenciando nos rumos da ação política no sentido do atendimento dos respectivos interesses, exatamente como preconizado por ROUSSEAU, apenas diferindo do pensamento clássico original pelo fato dessa participação se efetivar não pelos indivíduos em si e sim por intermédio de grupos fortemente organizados e conscientes da respectiva esfera de desejos.

A consequência da eventual verificação dessa hipótese seria a progressiva perda de legitimidade do estado político contemporâneo, apesar da forte validação pela legalidade, confundindo-se com o corpo de governo o conjunto daqueles grupos organizados, instaurando a desigualdade na sociedade porque alguns passariam a deter privilégios em detrimento de outros. A formação das condições de uma crise de quebra do contrato social e o retorno ao estado de natureza, com o risco do estado de guerra, poderia ser antevisto na elevação dos níveis de violência civil na sociedade. Aí, pois, parece oportuna a retomada da discussão da possibilidade de se ter desenvolvido na política uma relação inversamente proporcional entre o grau da legalização da ação do corpo de governo e o da legitimação, com o risco de vir a se alterar substancialmente o modelo de estado político como conhecido contemporaneamente e herdado da modernidade.

MANIN (2006) inicia a discussão do problema da *representação* a partir de JOSEPH SCHUMPETER, afastando as críticas de que teria aderido à teoria das elites, quando na verdade estava fazendo uma declaração laudatória à superioridade do governo representativo diante do governo do povo ou democracia direta. Em nenhum momento SCHUMPETER teria justificado alguma superioridade dos representantes em face dos representados. SCHUMPETER fundamenta empiricamente a afirmação de que nas democracias representativas o eleitorado não toma decisões sobre assuntos de governo; nas eleições não há expressão de vontade sobre política de governo. O que o eleitor decide nas eleições é a *escolha* ou *seleção* entre diversos competidores a quem será atribuído o encargo público a fim de decidir os assuntos de governo. MANIN registra a independência parcial dos representantes. É um fato que os mecanismos institucionais de governo representativo permitem aos representantes certa independência em face das preferências de seu eleitorado. A partir da percepção de SCHUMPETER que reduz a democracia representativa a um *método de seleção dos governantes*, esgotando-se no sufrágio a participação popular, ganha importância a preservação do modelo de controle e limitação dos Poderes entre si.

Os sistemas representativos não autorizam e em geral proíbem expressamente as práticas que privariam os representantes de toda independência. O *mandado imperativo* e a *revogabilidade discricionária dos representantes* não são válidos nos sistemas de democracia representativa desde o século XVIII. Até foram toleradas as práticas de *instruções aos parlamentares*, todavia mais como fundamento de liberdade de sugestão e de opinião, sem que se lhes reconhecesse vínculo de imperatividade. Por ocasião do Primeiro Congresso americano eleito segundo a Constituição de 1787 foi discutido esse modelo de imperatividade do mandato, restando rechaçado e considerados livres os representantes para votarem como se lhes aprouvesse a consciência. Na França em 1789 eram comuns os *cadernos de instrução*, mas uma das primeiras decisões dos revolucionários proibiu o mandato imperativo. Desse modo, consagrou-se a teoria de que o representante atua em nome da nação e não de determinados ou localizados interesses.

Na *representação desconectada dos interesses*, sustentada por EDMUND BURKE (*in Os Clássicos da Política*, 2004) 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 constituiria dever de representação do representante. Desenvolveu-se esse pensamento principalmente nos Estados Unidos, dado o sistema eleitoral distrital por regiões determinadas, que facilitaria a identificação do representante pelo representado e a subsequente *cobrança* de desempenho específico, o que de certo modo seria incompatível com a democracia representativa.

A *representação política* vista em PITKIN (1997) 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.

CHEIBUB e PRZEWORSKI (1987: v. 12, nº 35) 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 ser reconduzidos.

ARATO (2002) 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 a legislatura e o judiciário, segundo ARATO (2002), como *estruturas aristocráticas*¹⁹ 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).

¹⁹ Legislativo e Judiciário em princípio não se enquadram como “*Estruturas aristocráticas*” por lhes faltar atributos de perenidade e de hereditariedade, o que recomenda acolher a afirmação de ARATO nesse estudo como noção aproximada à de “*élites*” situadas no ápice da pirâmide do poder.

Conforme acima o modelo de *representatividade descritiva* em PITKIN (1997), não há como negar o maior grau de adequação para com os representantes se numa sociedade plural ressaltam-se 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*, embora não se restrinja exclusivamente a parlamentares, pressupõe a periodicidade de mandato de modo a determinar certos limites ao comportamento político dos representantes na proporção em que pretendam se reeleger. 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 (1997), 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 membros governantes se submeter ao procedimento de *accountability*.

O pressuposto dessa prestação de contas pela ação política 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 incondicionalmente o exercício de função política.

O procedimento de *accountability* a que se refere o estudo é o *vertical*, imanente ao sufrágio popular. Embora relevante a *accountability horizontal*, essa modalidade é pertinente a sistema de controle legal entre poderes ou ainda entre órgãos e autoridades do mesmo poder, como instrumento de controle recíproco, destacando-se no contexto do *liberalismo*. Já a *accountability vertical*, da esfera de interesse da sociedade no âmbito do processo eleitoral para renovação de mandatos, como instrumento para *avaliação de desempenho político*, tem a ver com a *democracia* na medida em que auxilia o *juízo popular* dos representantes pelos representados.

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*), demandam resposta comum: *accountability*, que pode ser *horizontal* (controle recíproco entre os Poderes garantidor dos direitos do cidadão) e *vertical* (controle direto dos Poderes pelo cidadão).

Na *Poliarquia* DAHL (2005) disserta sobre a democratização e oposição pública. O desenvolvimento de um sistema político que permite oposição, rivalidade ou competição entre um governo e seus oponentes é um aspecto importante da democratização, mas tanto democratização quanto desenvolvimento da oposição pública não são idênticos. A característica da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados politicamente iguais. Reserva o termo democracia para um sistema político que tenha entre suas qualidades a de ser responsivo perante os seus cidadãos ou ao menos a maioria deles, assegurando oportunidade para *formular suas preferências, expressar suas preferências e ter suas preferências igualmente consideradas pelo governo*.

DAHL (2005) classifica como hegemônias fechadas os governos com nenhuma ou baixa liberdade de contestação pública e nenhuma ou baixa inclusividade ou participação; oligarquias competitivas quando assegurada alguma liberdade de contestação pública com baixa ou nenhuma inclusividade ou participação; hegemônias inclusivas com baixa ou nenhuma liberdade de contestação pública e alguma inclusividade ou participação; finalmente, como poliarquias os governos com altas taxas de liberdade ou contestação pública e de inclusividade ou participação. A democracia estaria em grau avançado posterior à poliarquia, mas muito mais como um ideal. Por isso DAHL (2005) fala de governos democráticos ou processos de democratização, mas não vê democracias reais absolutas.

A *poliarquia* pressupõe a existência de diversos grupos que detém capacidade de assumir o controle e que disputam entre si nesse ambiente de liberdade de contestação pública de participação ou inclusividade a assunção do poder. A quantidade de diversos grupos passíveis de assumir o poder na competição política qualifica o pluralismo, qualidade essencial para caracterizar uma poliarquia. Se preservado o Judiciário com a palavra definitiva para interpretar a Constituição, situação essa desprovida da possibilidade de controle e limitação, a sociedade nesses termos não se enquadrará sob a noção de *poliarquia* como a forma de governo que se propõe a ter como ideal a democracia.

Aproxima-se de BOBBIO o pensamento de DAHL no sentido de que é imperfeita a democracia como a conhecemos contemporaneamente, mas ainda assim é de se preferi-la aos regimes despóticos. De fato, DAHL considera as democracias existentes que não realizam os ideais democráticos, tendo sugerido que as formas atuais fossem chamadas poliarquias, o que acabou por ser incorporado no jargão da ciência política. Tanto quanto BOBBIO, DAHL prefere tratar em vez da democracia, mais do processo de democratização em direção ao ideal democrático, no qual se amplia a competição e a participação política. Essas, enfim, as duas coordenadas para aferir o grau de progressão do processo democrático: competição e participação.

Pretende DAHL que essas coordenadas sejam objetivas como paradigmas de aferição da maior ou menor proximidade do ideal democrático. Na visão de DAHL é importante verificar o acesso e o controle sobre os recursos de poder para apurar o grau de pluralismo de uma sociedade, que seria o mais importante critério para dizer da sorte da democracia. Nas sociedades pluralistas não haveria nenhum grupo permanente no poder ou hegemônico, como resultado da competição dos diversos grupos, com o efeito de neutralização recíproca. A teoria poliárquica de DAHL se funda no pluralismo, mas não avança sobre o estudo das condições em que se dá o pluralismo numa dada sociedade.

O conceito de poliarquia tem como pressupostos a possibilidade plena dos cidadãos de formular suas preferências, expressarem suas preferências e ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo. Desses pressupostos DAHL constrói uma lista de alguns requisitos de uma democracia para um grande número de pessoas e que pode ser sumariada nos seguintes itens: liberdade de formar e aderir a organizações; liberdade de expressão; direito de voto; elegibilidade para cargos públicos; direito de líderes políticos disputarem apoio e votos; fontes alternativas de informação; eleições livres e idôneas; instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência.

O processo de democratização das poliarquias orientado para alcançar o ideal da democracia passa necessariamente pelo desenvolvimento de um sistema político que assegure contestação pública e direito de participação, não obstante advertir DAHL que a simples presença de um desses itens não é suficiente. Assim, um regime em que sejam baixas a contestação pública e a participação estará próximo do conceito de uma hegemonia fechada; se elevar-se o grau de contestação pública, mantida baixa a participação, o regime estará se

movimentando para o conceito de uma oligarquia competitiva; se, ao contrário, o grau de participação for elevado, mas baixo o de contestação pública, então o regime estará próximo de uma hegemonia inclusiva. O caminho em direção ao processo de democratização, qualificando uma poliarquia, exige progressivo aumento do grau de contestação pública tanto quanto de participação ou de inclusividade.

Ponto interessante no pensamento de DAHL diz respeito á possibilidade de investigação dos pressupostos de participação e de contestação no interior de um país a partir das respectivas unidades subnacionais. É citado como exemplo o regime de autogestão que foi conferido às empresas estatais da antiga Iugoslávia, permitindo assim o grau mais elevado de participação e contestação do que em outros países como Argentina e Brasil. A questão de uma análise desses pressupostos em unidades subnacionais simultaneamente à análise nacional objetiva verificar a existência de contradições, visto que internamente podem ser assegurados elevados níveis de participação e contestação, mas negados no nível nacional; e vice-versa.

A contribuição do pensamento de DAHL no conceito de poliarquia decorre de que a participação ampliada combinada com a competição política tende a mudar a composição da liderança política, principalmente em relação aos cargos políticos providos mediante eleições. A repetição do sufrágio faz com que se apresentem candidatos com características sociais mais próximas da população em geral. A elevação da competitividade política induz os políticos a buscar mais apoio dos grupos que então passam a ter maior participação na vida política; por seu turno, maior participação política induz maior competitividade.

SCHUMPETER examinando a doutrina clássica da democracia, no livro *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, discute o bem comum e a vontade do povo. A questão começa com a filosofia da democracia do século XVIII, criticada por SCHUMPETER, especialmente a noção de uma vontade do povo como a vontade de todas as pessoas, que corresponderia ao interesse, bem-estar ou felicidade comum, como se todos os membros em conjunto controlam os negócios públicos. É verdade, diz SCHUMPETER, que a administração de alguns desses assuntos requer qualidades e técnicas especiais e terá de ser confiada a especialistas, os quais agirão no cumprimento da vontade do povo. Muito mais convincente seria consultar o cidadão apenas sobre as decisões mais importantes e resolver as demais por intermédio de um comitê, assembleia ou parlamento, com membros eleitos pelo povo. Esse comitê não representa o povo legalmente (como o mandato ou procuração civil), mas o fará numa aceção técnica,

refletindo ou dando voz à vontade do eleitorado. Haverá um órgão de atuação geral destinado a resolver os problemas diários da administração: o governo ou gabinete. Assim, não há um bem comum inequivocamente determinado que o povo aceite ou que possa aceitar por força de argumentação racional. Para diferentes indivíduos e grupos, o bem comum provavelmente significará coisas distintas. Os valores ainda quando supremos situam-se além dos domínios da lógica, como o conceito do que é a vida e a sociedade. Ainda que um bem comum fosse suficientemente definido, como o máximo de satisfação econômica do utilitarista, aceitável, pois por todos, restaria a divergência de como atingir esse objetivo. Mesmo que as opiniões e desejos do cidadão isolado fosse condição perfeitamente independente e definida que pudesse ser usada pelo processo democrático, e se todos agissem baseados nela com racionalidade e rapidez ideais, não se seguiria necessariamente que as decisões dessas vontades individuais representariam coisa alguma que pudesse ser chamada de vontade do povo. As decisões políticas no processo democrático não são necessariamente aquilo que o povo deseja realmente. Se os resultados satisfatórios para o povo em geral, a longo prazo, são considerados o teste do governo para o povo, então o governo do povo, da maneira entendida pela doutrina clássica da democracia, dificilmente a eles corresponderia. SCHUMPETER ressalta a importância do elemento irracional e extra-racional no comportamento, tornando os homens muito sensíveis à influência da publicidade e a outros métodos de persuasão. Então a democracia corresponderia a um processo de competição ou uma luta pela liderança política, um processo de formar governos.

A democracia, como procedimento eleitoral de provimento de cargos ou como participação popular no governo, passa pela discussão do conceito de legitimidade, apesar de ser possível a verificação de legitimidade também em governos não democráticos. Segundo WEBER (2004), 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). Não há dúvida que o Judiciário na função de judicialização de política orienta-se na pessoa de seus membros racionalmente visando por termo ou prevenir conflitos sociais decorrentes da omissão dos demais Poderes. Assim age movido por valores éticos iminentes à vocação judicante. A função de judicialização da política é percebida pelo Judiciário como um agir que encontra aceitação consensual na sociedade.

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. Eis aí o núcleo da fundamentação de legitimidade percebida pelo Judiciário.

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 caracteriza a legitimidade da ordem. O que garante a legitimidade de uma ordem pode ser a atitude interna (de modo afetivo, racional ou religioso) e as expectativas de conseqüências externas. A ordem é denominada convenção quando sua vigência está garantida externamente pela probabilidade de que um comportamento discordante tropeçará com a reprovação geral; é denominada direito quando garantida externamente pela probabilidade da coação (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas, cuja função é forçar a observação da ordem ou castigar sua violação. Os agentes podem atribuir a uma ordem a vigência legítima pela tradição (sempre foi assim), pela crença afetiva (emocional), pela crença racional em valores (reconhecimento como válido) e pelo estatuto (crença na legalidade). A legitimidade dessa legalidade pode ser resultado de um acordo entre os interessados ou de imposição e submissão respectiva (diz WEBER da dominação de homens sobre homens julgada legítima). A sociedade em nenhum momento pôs em dúvida a vigência das decisões do Judiciário que se revestem formalmente de dispositivos normativos destinados a suprir a omissão dos demais Poderes para dar eficácia aos direitos programados na Constituição. O principal móvel para o Judiciário superar o impasse entre o dever de se abster de adentrar no espaço político dos demais Poderes e o dever de pronunciar o direito sob a forma de decisão supridora daquela omissão política, assim formulando políticas públicas, está no anseio de proporcionar segurança nas relações sociais.

Poder, embora tido por WEBER como um conceito sociologicamente amorfo, significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, ainda que encontre resistências, sendo indiferente o fundamento dessa probabilidade. O poder corresponde a dominação na razão da probabilidade de encontrar obediência a uma ordem, ao passo que corresponde a 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. É o que ocorre quando o Judiciário atua nesta ação política positiva, formulando políticas públicas visando preencher as lacunas deixadas pelos outros Poderes. Essa reivindicação de poder político pelo Judiciário objetiva orientar politicamente a sociedade no espaço que lhe deixam os outros Poderes.

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. Talvez aí repouse a mais forte alavanca política a renovar o estímulo do Judiciário no exercício dessa ação política positiva, qual seja o anseio da sociedade manifestado, senão exigindo, que seja reparada aquela omissão política que torna letra morta os direitos programados na Constituição.

Os meios ou 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, 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. O quadro burocrático do Judiciário se confunde com o respectivo quadro de agentes políticos. Essa confusão entre o corpo técnico-racional e o corpo de autoridades políticas judiciárias, contribui para que a relação de dominação seja mais confiável intensificando a crença da sociedade na legitimidade da judicialização da política. Poder-se-ia até cogitar de um processo de perda de legitimidade dos demais Poderes nesses assuntos, que se transfere para o Judiciário na razão direta em que atue positivamente na supressão daquele vazio de políticas públicas.

WEBER (2004) classifica em três os tipos puros de dominação legítima: de caráter racional, baseado na crença da legitimidade das ordens estabelecidas e do direito de mandado daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação, também chamada de dominação legal, e que, por isso, é impessoal, objetiva e legalmente estabelecida; de caráter tradicional, baseado na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade, ou seja, dominação tradicional, a qual seja obediência ao senhor representativo de uma linhagem imemorial; e finalmente de caráter 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, ou seja, dominação carismática, na qual se sobressai a obediência pessoal individualmente considerada. No caso da judicialização da política é possível identificar de imediato a legitimação direta da ordem estabelecida no que tange ao dever judicante de pacificar os conflitos sociais e resolver os direitos pendentes. Não é de se desconsiderar a legitimação pela tradição que reveste a estrutura secular do Judiciário, um Poder de evidente aparência aristocrática; aliás, assim percebido por aqueles que atuam junto aos Tribunais, o que é denotado pela solenidade dos procedimentos.

A dominação legal baseia-se na vigência das seguintes idéias entrelaçadas entre si: existência de uma ordem jurídica (direito), instituída mediante convenção ou por imposição, estruturada de modo racional para certos fins e ou racional segundo certos valores, destinada a ser respeitada pelos membros da associação ou, no caso de associação territorial, pelas pessoas que se encontrem no respectivo território; abstração e generalidade normativa dessa ordem jurídica, que é aplicada racionalmente aos casos individuais pela judicatura e aos casos coletivos difusos pela administração, com aprovação ou ao menos não-reprovação pelos

membros da associação; o mando e a obediência ocorrem impessoalmente, de sorte que na realidade a ordem é emanada e aceita a partir da lei.

Conseqüentemente, é inerente à dominação racional a continuidade, sob determinadas regras, do exercício de funções oficiais dentro de determinada competência, implicando: limitação objetiva da distribuição dos serviços; atribuição específica de poderes de mando; e limitação dos meios e das condições de aplicação da coerção. Daí a construção do conceito de autoridade institucional.

III - A FUNÇÃO JUDICIAL NA REPÚBLICA BRASILEIRA

1. A Constituição de 1891: causa corporativa, texto liberal e ação autoritária

ANFRÍSIO FIALHO (*História da Fundação da República no Brasil*, 1983: 106), constituinte de 1891, crítico mordaz da Monarquia e admirador de DEODORO DA FONSECA, declara que:

Se, na verdade, o Imperador tivesse impedido a continuação da perseguição do exército – única força do país que ele não pode destruir – a Monarquia ainda estaria imperando no Brasil.

A causa da Revolução Republicana no Brasil teria sido muito mais uma questão corporativa de desrespeito ao exército do que uma crença no ideal republicano, não obstante a presença de ativistas republicanos. A consequência de uma República provinda de golpe militar é que o poder que constitui um Estado político estará daí em diante vinculado ao funcionamento desse Estado. Mais importante do que o texto declarado em documento escrito de constituição do Estado político é a natureza sociopolítica que embala a força real que constitui esse Estado.

SÉRGIO BUARQUE DE HOLLANDA (t. II, v. 7, 2005: 333-334; 339-340) descreve o processo de esvaziamento de poder do Império na década que antecede a República. A maçonaria outrora politicamente ativa não tomava partido diante da propaganda republicana. O positivismo de COMTE, sustentando a *ciência verdadeira*, fora acolhido no Brasil, mas adotava uma postura de neutralidade política. Os adeptos do positivismo se comprometeram a

não ocupar funções políticas. Monarquia ou República não era uma questão relevante. O que lhes interessava era a firmeza que o Imperador ou o Presidente da República iria imprimir no exercício do poder. Para os positivistas *a ordem e o progresso* somente seriam efetivados com mão firme de um ditador.

A questão militar assume relevância especial no golpe que extingue a Monarquia. O descontentamento dos militares ante o poder civil era cada vez maior e tem início no final da Guerra do Paraguai. Mas a crise militar se torna aguda na década que antecede a derrocada da Monarquia. O alvo das críticas são os *senhores lecionistas*²⁰, a quem os militares imputam negligência e incompetência no trato dos interesses públicos. SÉRGIO BUARQUE DE HOLLANDA (t. II, v. 7, 2005: 351) emprega o termo *classe* ora para registrar que os civis, sendo na maioria juristas, detinham os cargos políticos mais relevantes, mas não chegavam a constituir uma *classe política*²¹; ora em relação aos militares, para dizer que, dado o regime especial de educação e de vida na caserna, formavam uma *classe social*²². No contexto em que trabalha SÉRGIO BUARQUE DE HOLLANDA talvez o termo mais adequado fosse o de uma *corporação*, dado que o vínculo que estruturava os militares era mais profissional e de regime disciplinar do que econômico. Também nesse contexto seria mais adequada *classe*

²⁰ Os bacharéis em direito ou juristas.

²¹ GALLINO, *Dicionário de Sociologia* (2005: 110-113): “A expressão comuníssima na sociologia e na ciência política, indica um conjunto de indivíduos que, a partir da posição que ocupam dentro de vários tipos de organização ou de associação – empresas, partidos, sindicatos, administrações públicas e privadas – ou levando-se em conta outras características, como a AUTORIDADE ou a riqueza ou capacidades pessoais, exercem de fato, com sua ação e função específica, um elevado grau de INFLUÊNCIA ou de PODER político numa sociedade. Deve-se também notar imediatamente que, em sentido estrito, a C. geralmente não constitui uma verdadeira CLASSE SOCIAL, pois é formada por uma coalizão de classes diferentes, ou frações de classe, ou de uma ou várias classes. Na sociologia contemporânea, a expressão C. foi substituída pelas expressões **elite do poder** ou **elite política**, as quais possuem um significado ao mesmo tempo mais restrito e mais preciso, evitando o emprego abusivo do termo classe.”

²² GALLINO (2005: 114-118): “Conjunto bastante amplo de indivíduos que se encontram em **posição semelhante** na estrutura, historicamente determinada, das fundamentais relações políticas e econômicas de uma sociedade, ou que desempenham função semelhante na organização global desta: empresários ou operários, proprietários de terra ou assalariados agrícolas, ou ainda dirigentes, técnicos, lavradores, intelectuais, militares, técnicos, etc. Nessa acepção, em geral definida como **realista** ou orgânica, predominante no pensamento político e na sociologia européia, as classes sociais são consideradas ou percebidas ou tendem objetivamente a configurar-se como organismos sociais, sujeitos coletivos capazes, sob determinadas condições, de ação unitária; o limite entre as classes sociais é categórico, sendo determinado univocamente pelo critério assumido como **fundamento** ou **base** da classe social, de modo que todo indivíduo pertence a uma C., e a apenas uma; todas as classes sociais mantêm relação de interdependência, em geral antagônica entre si, e constituem, no conjunto, uma determinada **estrutura de classe**; enfim, na existência das classes sociais está a origem das maiores diferenças de PODER, de riqueza e de PRESTÍGIO que se observam entre as pessoas, embora estas sejam reconhecidas como juridicamente iguais”.

como *elite política*²³. O certo é que os militares, como classe, corporação ou elite, assumiram uma posição crítica contra os políticos civis e particularmente contra os *legistas*.

O defeito que incomodava os militares em relação aos políticos civis era virtude num país regido pelo sistema parlamentar, ainda que formalmente, quando o sucesso dependia da *palavra fácil, à resposta pronta, à locução ágil ou brilhante*, o que era proporcionado pelo grau de bacharel, constituindo assim como que uma *nobreza togada*. Aos *juristas*, conforme ressalva HOLLANDA, *que podem interpretar as leis, é natural que se confie a factura das leis e também a sua boa aplicação* (t. II, v. 7, 2005: 354-357). O prestígio sociopolítico dos juristas nasce e cresce com o Império. Mas esse prestígio não é da instituição judicial, ele é pessoal, o que certamente vai se refletir na edificação do papel do Judiciário entre os órgãos políticos do Estado brasileiro. A condição de bacharel em direito, pela generalidade dos conteúdos acadêmicos, capacitava para todos os cargos do Estado, não necessariamente orientado para as atividades forenses de juiz ou advogado, característica essa compartilhada com outros países à época.

Basicamente eram três possibilidades profissionais no tempo do Império que se abriam aos jovens: a carreira militar, o bacharelado e os negócios mercantis, todavia de prestígio mesmo somente as duas primeiras, dado que o comércio ou estava em mãos de estrangeiros ou para os nacionais carregava a pecha de emprego menos dignificante, registrando SÉRGIO BUARQUE DE HOLLANDA a hipótese de uma *nobreza togada* ao se referir aos bacharéis (t. II, v. 7, 2005:379-381). Portanto, a crise militar gerada pela insatisfação com a perda de prestígio ao final do Segundo Império, ganhou polarização – o que SÉRGIO BUARQUE DE HOLLANDA chama de *A farda e a beca* – diante do poder civil na figura dos *legistas* como alvo para das críticas dos militares (2005: 387). Os militares se auto-elogiavam a partir de suas características racionais, visão objetiva dos problemas brasileiros, celeridade nas decisões e abnegação à causa do país nos campos de batalhas, em comparação à retórica inútil dos *legistas* (SÉRGIO BUARQUE DE HOLLANDA, 1005: 389).

JOSÉ MURILO DE CARVALHO (*Forças Armadas e Política no Brasil*, 2005: 13-29) analisa o conteúdo político das intervenções militares, inclusive tendo como uma das

²³ OUTHWAITE e BOTTOMORE, *Dicionário do Pensamento Social do Século XX* (1996: 92-97): “... Nesse sentido, as classes são consideradas não apenas como agregados de indivíduos, mas como **grupos sociais** reais, com sua própria história e lugar identificável na organização da sociedade. Não obstante, a idéia de que as classes sociais podem ser equiparadas a agregados de indivíduos por nível semelhante de educação, renda ou outras características de desigualdade social ainda persiste, e leva à confusão desse conceito com o de **ESTRATIFICAÇÃO SOCIAL**.”

causas o modelo de recrutamento. Fala de uma democratização da oficialidade que, se no início do Império provinha da nobreza, equiparando-se em prestígio e rendas aos juristas, posteriormente passou a ser recrutada internamente e dentre os familiares dos militares, para ao final constituir alternativa profissional das classes menos abastadas. Essa condição regressiva da oficialidade em prestígio e rendas seria ingrediente para acalorar as críticas dos militares aos *legistas*.

O pensamento positivista, particularmente o elogio à racionalidade científica da natureza, cujos princípios são transportados para as ciências das humanidades, fundamentando um ideário autoritário como único modelo capaz de estabelecer a ordem e levar o progresso ao país, em parte se assemelhava à visão de virtude que os militares tinham de si próprios. Para ilustrar as críticas que dirigem à retórica improdutiva do governo dos civis, os militares se apropriam de parte das idéias positivas conveniente naquele momento como fundamento de legitimação filosófica de sua visão política. Desse modo, o positivismo vai permear o golpe militar que derrubou a Monarquia, menos por obra de ativismo dos positivistas, mais pela utilidade que tal pensamento se prestou como fundamento filosófico para o desfecho da questão militar.

DEODORO DA FONSECA não era afeto à política, nem era republicano. As correspondências e documentos da época referidos por ANFRÍSIO FIALHO (1983: 106), SÉRGIO BUARQUE DE HOLLANDA (t. II, v. 7, 2005: 413)²⁴ e JOSÉ MURILO DE CARVALHO (*Forças Armadas e Política no Brasil*, 2005: 159)²⁵ evidenciam que a causa imediata do golpe militar que derrubou a Monarquia era uma questão corporativa. Os republicanos, sabedores que DEODORO nos momentos que antecederam o golpe militar não pensava em dar caráter republicano ao movimento, oscilando em crise de consciência entre a Monarquia e a República, ou melhor, como ressalva OLIVEIRA VIANA (*O Ocaso do Império*, 2004: 154), *entre D. Pedro e a República*, passaram a assediá-lo, ficando BENJAMIN CONSTANT com o papel principal nesse trabalho de conversão.

²⁴ “A irritação de Deodoro tinha origens nítidas. Uma era a nomeação pelo novo Governo de seu implacável inimigo, o Senador Gaspar da Silveira Martins, para Presidente do Rio Grande do Sul onde ele próprio tinha sido Comandante de armas. Outra era a nomeação de Cunha Mattos, a quem defendera na questão militar, mas com quem se indispusera, para Presidente de Mato Grosso. Nos dois casos julgava-se desfeito, mas principalmente no último, pois, Comandante de armas em Mato Grosso, seria subordinado, se lá ficasse, a quem, como militar, lhe era subordinado. A entrevista apresenta uma novidade. **Pouco tempo antes declarara com ênfase que a seu ver a República no Brasil seria uma desgraça.**”

²⁵ “Muito popular no início do governo, o marechal – Deodoro –, na então aclamado generalíssimo, foi perdendo aos poucos o apoio da opinião pública devido aos constantes atritos com seus próprios ministros, com a imprensa e com o Congresso. Em meio a essas crises, tinha freqüentes rompantes emocionais e ameaçava renunciar ao cargo e chamar de volta o Imperador: “**Eu chamo o Velho!**”

JOSÉ MURILO DE CARVALHO (*Forças Armadas e Política no Brasil*, 2005: 160) descreve DEODORO como muito popular no início do governo republicano, vindo a perder o apoio da opinião pública devido aos constantes atritos com seus próprios ministros, com a imprensa e com o Congresso. Eram freqüentes os rompantes emocionais e ameaçava renunciar ao cargo e chamar de volta o Imperador. Definitivamente, o autoritarismo de DEODORO o incompatibilizava com a democracia e, certamente, a República que defendera era mais uma ditadura, que nada tinha a ver com a República descrita na Constituição de 1891.

RENATO LESSA (1999: 39) ressalta a ausência de mobilização política da sociedade brasileira, visto que se de um lado faltou fervor cívico capaz de dar algum alento à Monarquia e de outro nenhum entusiasmo foi manifestado digno de louvar o novo regime. A tática de propaganda dos republicanos, em rodas fechadas, antevendo uma República para poucos, obstava a incorporação popular. O que mais preocupava os republicanos era a lógica da posição política do que as convicções políticas em face do ideário republicano.

LESSA (1999: 77) registra que os analistas do período são unânimes em identificar a influência de RUI BARBOSA no texto do Decreto nº 1 diante da opção pelo legalismo e pelo credo federalista, que implicaria não apenas em distribuição de poder interno, mas em diminuição do poder central. Nesse ponto LESSA (*idem*) vê um paradoxo sociológico caracterizado pela tentativa de violação da *lei de Tocqueville*, segundo a qual todas as revoluções têm como produto histórico o fortalecimento do Estado e a centralização política. Desse modo, o autoritarismo da República, apesar da proposta liberal e federalista formalizada já no Decreto nº 1 de 1889 e insculpida no texto da Constituição de 1891, a partir dessa visão sociopolítica, tende a prevalecer como produto do poder militar central. Em outras palavras, a ausência de participação da sociedade no movimento que derrubou a Monarquia, conduzido exclusivamente pelas Forças Armadas, tornaria inexequível a implantação do federalismo liberal no Brasil.

Referindo a frase de ARISTIDES LOBO de que *o povo assistiu bestializado à proclamação da República*, JOSÉ MURILO DE CARVALHO (*Os Bestializados*, 2006: 140) anota que os observadores estrangeiros diziam que *não havia povo no Brasil*. O comportamento do povo, seja da elite, seja da classe operária, não correspondia exatamente ao que os reformistas esperavam. Não havia cidadãos ativos no Rio de Janeiro capazes de se organizarem em defesa de seus direitos. Não houve movimento político capaz de mobilizar a

sociedade para instaurar o liberalismo como ocorrera em outros países. Sequer a elite sabia qual seria o modelo de relação política dos cidadãos com o Estado. A República apresentou-se como o regime da liberdade e da igualdade. Mas ficou no papel. A realidade política da implantação da República se deu com o mínimo de participação eleitoral, com exclusão do envolvimento popular, consolidando-se a partir de um liberalismo oligárquico pré-democrático, de facções, diferente do liberalismo que fundou a República dos Estados Unidos da América.

O descolamento da política real, como praticada, em face da política formal, como programada nos manifestos republicanos e instituída no corpo da Constituição de 1891, pode ter como uma de suas causas o descolamento dos militares, como corporação organizada, em face dos civis. O movimento militar, que se pretendia fundar filosoficamente em parte do pensamento positivista autoritário, de que é símbolo o lema da bandeira *ordem e progresso*, incorporou a rejeição ao pensamento político que buscasse garantir a liberdade do cidadão perante o Estado. O movimento dos juristas, que sonhava com o modelo federalista liberal implantado nos Estados Unidos da América, cuja Constituição é matriz inspiradora da Constituição brasileira de 1891, acabou por aderir de fato às facções oligárquicas.

JOSÉ MURILO DE CARVALHO (*A Formação das Almas*, 2006: 9) ressalta que, não obstante comprovado que a participação popular na implantação da República fora nula tanto quanto insuficientes os esforços de inclusão política do povo nos anos subseqüentes, três correntes de pensamento político disputaram a definição ideológica do novo regime como justificação racional do poder: o *liberalismo* de inspiração norte-americana, o *jacobinismo*²⁶ de inspiração francesa e o *positivismo*. Embora tenha prevalecido a corrente do *liberalismo*, sobretudo no texto jurídico da Constituição de 1891, é certo que a prática de governo mais se afeiçãoou ao *autoritarismo* extraído de parte do pensamento *positivista* cultura sociopolítica da população.

ALFREDO VARELA (2002: 101), deputado da Câmara Federal pelo Rio Grande do Sul no período de 1899 e 1902, adversário político de PINHEIRO MACHADO, criticou duramente o artigo 15 da Constituição brasileira de 1891 que garantia o Poder Legislativo, Executivo e o Judiciário como órgãos da soberania nacional, harmônicos e independentes entre si, reproduzindo a teoria do equilíbrio dos poderes de MONTESQUIEU. Para que se

²⁶ Idealização da democracia clássica, a utopia da democracia direta, do governo por itermédio da participação direta de todos os cidadãos.

possa avaliar o pensamento positivista, de que VARELA (2002: 107) é expoente, a argumentação emprega gráficos de vetores de força física para demonstrar que se os poderes são equilibrados e contrapostos como propunha MONTESQUIEU, então haveria uma inação política por uma soma igual a zero e o Estado não teria mais sentido. VARELA (2002: 112) refutava a possibilidade de uma separação de poderes, porque o poder do Estado é uno, não admite a existência de vários poderes dentro de um único Estado, o que levaria ao absurdo de vários Estados sob um mesmo Estado. Sobre a experiência inglesa estudada por MONTESQUIEU dizia se tratar de observação de momentos breves da história política e que na realidade sempre houve a preponderância ou da coroa ou do parlamento.

AURELINO LEAL (2002: 195), testemunha da proclamação da República como republicano de primeira hora, com breve passagem em 1902 na Promotoria de Justiça e mandato legislativo na Bahia, reconhece a existência de uma elite republicana no país, mas observa que lhe faltara uma propaganda adequada para levar à consciência pública as vantagens desse regime. Tanto é assim, conclui AURELINO LEAL (2002: 199-201), que a causa foi ganha mais por “*exploração dos ressentimentos, das mágoas, dos desapontamentos, das contrariedades que fermentavam n’alma de grandes patentes do Exército, onde, aliás, havia representantes do novo credo*”. Desse modo, não teriam sido as idéias liberais do tempo da Monarquia que fizeram a República, nem mesmo a precipitaram, estando de acordo com o estudo de JOSÉ MURILO DE CARVALHO no (*A Formação das Almas*, 2006: 9) quanto a ausência de um *programa ideológico* aberto à sociedade civil.

No período entre a proclamação da República e a promulgação da Constituição de 1891 o Brasil foi governado em regime ditatorial, enfeixando o Presidente da República tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo sob a alegação de que a Assembléia Constituinte fora convocada apenas para *julgar a Constituição apresentada pelo Governo* (AURELINO LEAL, 2002: 204). Essa expressão – *julgar a Constituição* – indica a convicção política do governo de que já existia uma Constituição pronta e não um projeto, aguardando um mero processo formal de validação. Veja-se a marca autoritária do governo provisório na passagem narrada por AURELINO LEAL (2002: 214) em que DEODORO reclama para RUY BARBOSA que não constava do texto constitucional o poder do Presidente da República para dissolver o Congresso, dizendo o general que isso não importava, porque poderia ser feito a *canhão*.

CARLOS MAXIMILIANO (2005: 116), Deputado ao Congresso Nacional pelo Rio Grande do Sul nas legislaturas de 1911-1914 e 1919-1923, Ministro da Justiça e Negócios

Interiores de 1914 a 1918, Consultor-Geral da República em 1932, Procurador-Geral da República de 1934 a 1936 e Ministro da Suprema Corte até 1941, representa a corrente que adota o modelo político norte-americano, porém mitigado conforme as características brasileiras. Enquanto que nos Estados Unidos da América o governo central é construído originariamente pelos colonos passando pela experiência dos Artigos da Confederação por ocasião das guerras de independência contra a Inglaterra, aqui no Brasil o Estado já se fazia presente sob a forma unitária, de modo que o federalismo vai ser implantado de cima para baixo.

No que se refere ao Judiciário, CARLOS MAXIMILIANO (2005: 244-257) percebe, aí sim tendo como modelo idêntico ao dos Estados Unidos da América, como o Poder mais autorizado que os outros para interpretar a Constituição, não obstante ser despojado de iniciativa política. Defende que somente se atinge o ideal de um governo de leis em vez de um governo de homens mediante entrega ao Judiciário da última palavra sobre a constitucionalidade dos atos do Congresso ou do Executivo. Reporta-se ao pensamento de LOCKE e de MONTESQUIEU para justificar a adoção pelo Brasil do princípio político da divisão dos poderes, embora abrandado para se adequar às características da sociedade brasileira. Ressalva que a aplicação da teoria da separação dos poderes não significa uma rigidez absoluta na especialização de funções de legislar, administrar e julgar, tanto assim, por exemplo, que os Tribunais legislam ao editarem os próprios regimentos que têm força de lei e o Congresso julga determinados atos do Presidente da República sem que tais atribuições atentem contra as liberdades.

A idéia liberal que CARLOS MAXIMILIANO extrai da teoria de MONTESQUIEU e que foi recepcionada na organização política da República, é a separação de poderes no sentido de se vedar a concentração de poderes, impondo-se aos órgãos políticos do Estado a não interferência na atuação dos demais órgãos. O fim almejado é garantir instrumentos de controle e de limitação dos Poderes entre si. O Judiciário tem papel de destaque nesse modelo.

Para OLIVEIRA VIANA (*O Idealismo na Constituição*, in *À Margem da História da República*, 1991: t. I, 103) a primeira Constituinte republicana estava muito longe da grandeza épica da Constituinte Imperial, sobretudo porque dela faziam parte os maiores nomes do País pelo prestígio de cultura, inteligência, caráter ou situação social. A Constituição de 1891 tinha como ideologia uma mistura de democratismo francês, de liberalismo inglês e de federalismo

norte-americano, cuja virtude era objeto de crença tão profunda, segundo VIANA, “*como a dos feiticeiros nas virtudes dos seus esconjuros e das suas mandingas*”, tanto que após a implantação da República “*logo se levantou um sussurro de desapontamento do seio da turba fanatizada*”. Teria faltado no país uma classe social que encarnasse os novos ideais, bem assim as condições econômicas da sociedade seriam impróprias à construção de um ideário político, tanto quanto a falta de uma opinião pública organizada. Novamente vem a baila a questão da ausência de um *programa ideológico republicano*, mas com análise sociopolítica mais profunda típica de OLIVEIRA VIANA como se verá adiante.

ERNEST HAMBLOCH (2000: 14), tendo servido como diplomata inglês no Brasil por cerca de 20 anos, foi Secretário da Câmara Britânica de Comércio no Rio de Janeiro e correspondente do *Times*, viu na experiência da Monarquia parlamentar que a população brasileira era capaz de auto-governo e que, enquanto outros países da América do Sul se esforçavam inutilmente para escapar do governo despótico, em 1889 o Brasil inaugurara um sistema constitucional que legalizava as próprias formas de governo do qual estivera imune até então. A conclusão de HAMBLOCH era que o Brasil copiara modelo institucional típico da política latino-americana o potente e drástico remédio contra uma doença que jamais sofrera, reproduzindo o comentário do então Presidente da Venezuela ROJAS PAUL por ocasião da queda da Monarquia: “*Este é o fim da única República que jamais existiu na América*” (2000: 34).

A linha de argumentação de HAMBLOCH (2000: 35-37) é que os países latino-americanos teriam caído no equívoco de adotar formas de Constituição que, na ausência de restrições extraconstitucionais, dos costumes ou influências, apenas legalizaram a velha tradição do caudilhismo. Em outras palavras, para incorporar as conquistas políticas de proteção à liberdade e à democracia dos ingleses e franceses teria sido suficiente confirmar a evolução das liberdades políticas gozadas durante a Monarquia. Depois da publicação do livro, o governo fascista italiano enviou recursos para desacreditar ingleses proeminentes no Brasil, estudantes foram mobilizados em defesa do nacionalismo e HAMBLOCH terminou sendo expulso do País.

JOÃO BARBALHO (2002), promotor em Recife, Deputado Provincial em 1874, Deputado à Constituinte em 1890, Senador de 1892 a 1896 e Ministro do Supremo Tribunal Federal de 1897 a 1904, muito ativo na Constituinte, era contra um exército permanente porque não lhe parecia uma *instituição liberal*. Pensamento político forjado no tempo do

Império, parecendo dar razão à crítica de HAMBLOCH, combateu a tirania das maiorias parlamentares, pugnando a livre expansão e influência de todas as aspirações legítimas. De outro lado, não se pode negar, que BARBALHO (2002: 1-6) fazia parte da elite de pensadores *legistas*, cuja visão flanava num mundo essencialmente formal, construído no sistema normativo, dissociado da realidade política do Brasil, conforme a crítica de VIANA nas *Instituições Políticas Brasileiras* (1999: 353). Com efeito, veja-se que já em 1902 a elite impunha uma simulação de representação política usando o próprio sistema majoritário-districtal para dificultar o acesso das parcelas menores de opinião, o que veio a ocorrer na *Política dos Governadores ou dos Estados*.

Como liberal, BARBALHO (2002: 48-50) identifica três as grandes necessidades no governo dos povos – a legislatura, a administração e a justiça –, correspondentes a respectivas funções políticas de soberania ou poder supremo da nação. Sendo funções distintas, requerem órgãos distintos, invocando para tanto a racionalização do trabalho e a experiência de outros povos em cujo governo o exercício do poder público não está a cargo e sob a dependência de uma só autoridade, mas distribui-se por diversas. Nenhum dos três poderes divididos fica absolutamente separado nem acima dos outros de modo que deles se possa desembaraçar, pois, citando GUIZOT, *a virtude e bondade do sistema consiste precisamente na dependência mútua dos poderes e nos esforços que ela lhes impõe para chegarem à unidade, - não havendo dependência mútua senão entre poderes investidos de uma certa independência e bastante fortes para mantê-la*” (2002: 48).

A fórmula da separação dos poderes já constava do regime político da Monarquia, todavia a instituição do poder moderador como árbitro de controle e limitação dos demais poderes, sendo investido dele o Imperador por direito hereditário, ficava ele próprio imune à fiscalização. BARBALHO diz em latim a frase muitas vezes repetida por SARTORI: *Quis custodiet custodem?* A posição política do Judiciário no sistema de freios e contrapesos para resguardo e limite dos poderes tem a missão de conter os excessos do Legislativo mediante a declaração de inconstitucionalidade das leis e os do Executivo mediante a invalidação de atos administrativos arbitrários (2002: 49).

Conforme OLIVEIRA VIANA (1999: 171), a formação das instituições políticas brasileiras mais do que buscar inspiração no pensamento político desenvolvido no contexto de experiências de outros países como o fizeram os colonos norte-americanos, mas cuidando de adaptá-las às condições socioculturais locais, abusou da cópia das instituições européias,

desde a Independência. Às classes dirigentes imputou a adoção do *européismo*. Os marcos teóricos dessa posição têm referência no culturalismo sociológico de SÍLVIO ROMERO e na crítica à tradição liberal brasileira de ALBERTO TORRES aos quais cita com frequência (1999: 397).

Ideologicamente VIANA confronta cultura e direito dialogando entre as duas grandes famílias: *common law*, que tem fonte nos costumes da vida comum dos antigos ingleses e na *civil law*, que tem fonte no Estado a partir do antigo direito romano. Definitivamente, apesar de buscar a modernidade da política, filia-se ao autoritarismo doutrinário com o objetivo de fortalecer o poder central, com reservas senão desprezo ao liberalismo e à democracia representativa, de inspiração positivista.

A formação das instituições políticas brasileiras é tangida pelo idealismo utópico das elites e o seu *marginalismo político* sempre entre duas culturas – a do seu povo (subconsciente coletivo) e a européia ou norte-americana (critérios do julgamento político). Disso resulta o descolamento das instituições formais – direito-lei – em face das instituições socioculturais ou reais – direito costumeiro, o que vem contribuir para um certo *marginalismo da Constituição*. Em outras palavras, o pensamento político ignora o povo como ele é para substituí-lo por um *cidadão-tipo* do enciclopedismo.

A partir da análise do contexto sociocultural brasileiro que vai conformar as instituições políticas brasileiras VIANA (1999: 501) vai por em segundo plano de relevância a *generalização do sufrágio direto* e o *self-government* sem o primado do Poder Judiciário, assim entendendo estar esse Poder em todo o território nacional, acessível a todos os cidadãos sem qualquer distinção. Sem o primado do Judiciário nada valem o sufrágio, o federalismo, o municipalismo, porque somente o Judiciário tem o poder efetivo de garantir ao cidadão a liberdade civil real, principalmente, insiste VIANA (1999: 503), *do homem-massa do interior – dos campos, das vilas, dos povoados, das aldeias, das cidades*. Somente o Judiciário é capaz de *garantir o operário e o campônio do arbítrio dos que “estão de cima”*, dos que detém o poder econômico ou político. O fundamento da liberdade inglesa não decorre apenas da lei, que pode ser promulgada pelo Estado ou provir do costume saxão, mas da efetiva aplicação da lei à realidade, o que somente se dá pela autoridade do juiz.

Embora divergindo do pensamento liberal de RUI BARBOSA, VIANA (1999: 504) o elogia por ter compreendido a função essencial do Judiciário no Brasil. Exalta o seu papel até

quase sublima-lo, defendendo-o do alcance da subordinação e dependência do Executivo e dos Parlamentos, sempre partidários e facciosos, porque a liberdade que deve ser garantida pelo Judiciário é precisamente a que é mais atacada pela *política de partido* e pela *política de clã*.

A função judicial foi acolhida pela Constituinte de 1891 sob os influxos do liberalismo do modelo constitucional dos Estados Unidos da América, especialmente o princípio político da separação dos poderes, reconhecendo o atributo da independência do Judiciário e o poder para invalidar as leis e os atos do governo contrários à Constituição, não obstante bem delineada a neutralidade de iniciativa política.

As demais funções políticas do Executivo e do Legislativo foram acolhidas também por influência do modelo norte-americano, porém muito mais como proposição essencialmente normativa do que incorporação substancial na estrutura sociopolítica brasileira. As instituições políticas brasileiras se formaram alheias ao liberalismo como garantia de controle e limitação do poder do Estado. O liberalismo conhecido no Império tinha natureza patrimonialista, tradicional e mercantilista de Estado, de modo que dele tudo se poderia esperar, menos confronto com o poder público.

Tendo o Exército conduzido o golpe que derrubou a Monarquia, apropriando-se os militares da parte autoritária do positivismo, a polarização entre o texto liberal do federalismo da Constituição de 1891 e o símbolo autoritário de *ordem e progresso* lançado na bandeira brasileira, o impasse se resolveu pela prevalência do símbolo autoritário sobre o texto liberal. Os fatos demonstraram que o poder político do símbolo era real e o poder político do texto constitucional era formal. O Judiciário como Poder Político vai funcionando um tanto na sombra dos demais Poderes, não obstante a institucionalização constitucional que garante a sua independência e o poder para controlar a validade constitucional de leis e atos administrativos. Ao menos nos textos constitucionais venceram o liberalismo de LOCKE, MONTESQUIEU e FEDERALISTAS.

2. Expansão política do Judiciário brasileiro

O distanciamento entre a Constituição de 1891 e a realidade política do Brasil, a que NABUCO se referia como um *contraste entre o País legal e o País real* (BONAVIDES e ANDRADE, 2002: 244), em 1926 se tornara tão evidente que já não se podia mais adiar a reforma, sobretudo a corrupção do modelo federalista num governo federal de oligarquias. A reforma enfraqueceu o Poder Judiciário, restringindo a concessão de *habeas corpus*, com o evidente objetivo de retirar o alcance político desse recurso judicial, como se pode ver do § 5º que foi acrescentado ao art. 59 da Constituição de 1891 (BONAVIDES e ANDRADE, 2002: 248):

Nenhum recurso judiciário é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade, a perda de mandato aos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual: assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo.

A tardia reforma da Constituição de 1891 não foi suficiente para impedir a revolução de 30. As mesmas armas que derrubaram a Monarquia e ergueram a República constitucional de 1891, depois do golpe de 15 de novembro de 1889, conduziram o processo revolucionário que terminou o período da Primeira República (BONAVIDES e ANDRADE, 2002: 268). Não obstante a adesão popular ao movimento de 30, o Governo Provisório removeu a velha oligarquia situacionista e instalou uma ditadura, negando o título liberal que empunhara nos primeiros dias, buscando legitimação em medidas de Estado social (BONAVIDES e ANDRADE, 2002: 270-271).

A revolução constitucionalista de São Paulo, iniciada em 1932 e rapidamente sufocada pelo governo central, alavancou a instalação da Constituinte de 1933, que se desenvolveu em cima político desfavorável diante do regime de exceção, podendo ser dito que foi uma *Constituinte coagida sob ameaças de dissolução* (BONAVIDES e ANDRADE, 2002: 287).

Formalmente, inspiraram-se os constituintes de 1933 na Constituição de Weimar de 1919 e na Constituição Republicana espanhola de 1931, sob a influência do pensamento de MIRKINE GUETSEVITCH²⁷ que buscava a *racionalização do poder* e que foi objeto de discurso de CARLOS MAXIMILIANO, constituinte de 1933 e membro da Comissão elaboradora do anteprojeto (POLETTI, v. III, 2004: 18-19).

Em tema judicial a grande novidade da Constituição de 1934 foi ter findado a polêmica resultante do alcance das decisões do Supremo Tribunal Federal que negassem vigência às leis inconstitucionais, muito se discutia se teria validade apenas no caso julgado ou se teria incidência geral. Assim foi atribuído competência ao Senado para suspender a vigência das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia passava a ser geral, atenuando-se a quebra do princípio da independência e harmonia entre os Poderes (POLETTI, v. III, 2004: 50-51).

BONAVIDES e ANDRADE (2002: 338-339) resume o quadro político que produziu a Constituição de 1937 analisando a semelhança com os dispositivos constitucionais pós-64 de que lançaram mão os militares, como os decretos-leis, os estados de emergência, a suspensão dos direitos e garantias individuais, o colégio eleitoral para a escolha do Presidente e do Vice-Presidente da República. A Constituição de 1937 está na base do surgimento de uma burocracia estatal com pretensões legislativas, de um Executivo centralizado e forte, de um Legislativo pulverizado, conforme adverte VALMIREH CHACON citado por BONAVIDES e ANDRADE (2002: 339). No que se refere ao Judiciário, o art. 91 da Constituição de 1937 previa restrições à vitaliciedade, à inamovibilidade e à irredutibilidade dos vencimentos dos juízes, o que por si retirava uma das principais garantias de imparcialidade, abrindo espaço para que o Executivo desrespeitasse as competências dos demais Poderes BONAVIDES e ANDRADE (2002: 251).

Sobre a Constituinte de 1946 BARBOSA LIMA SOBRINHO (2004: 33) vê a semelhança do texto com o de 1934 não como um movimento de restauração da ordem anterior, mas a coincidência dos fatores políticos que inspiraram a elaboração constitucional, orientada, nos dois momentos, pela reação aos exageros do presidencialismo da República Velha ou contra as tendências ditatoriais que modelaram a Constituição de 1937. BALEEIRO (2004: 20-21), não obstante a Constituição de 1946 fizesse algumas concessões ao

²⁷ *As Novas Tendências do Direito Constitucional*.

parlamentarismo (comparecimento dos Ministros ao Congresso, nomeação de congressistas para Ministros sem perda de mandato), de fato houve exacerbação do presidencialismo, apoiado nas Forças Armadas, o que era característica das repúblicas hispano-americanas, trazendo em consequência *debilidade do judiciarismo* pela timidez do Supremo Tribunal Federal quando chamado a intervir nas grandes crises.

A Constituição de 1946 pretendia recuperar a tripartição e equi-polência dos três poderes, buscando devolver ao Legislativo e ao Judiciário as prerrogativas características de um regime efetivamente democrático; mas o que se viu nos anos que se seguiram foram práticas que tornaram letra morta essas garantias, isso porque teria se consolidado na cultura sociopolítica das camadas populares a idéia construída durante o Estado Novo de que a legislação não é uma conquista da sociedade, mas uma dádiva do governo (BONAVIDES e ANDRADE, 2002: 415).

A herança populista produz o descrédito do Legislativo e do Judiciário. O *“permanente namoro com o caudilhismo e com o autoritarismo, apesar de ter o País uma Constituição francamente liberal, marcou a dubiedade do populismo, fortalecendo o movimento golpista”* da revolução de 1964 a pretexto de defender a democracia suspende as garantias constitucionais da magistratura e põe os atos institucionais fora de apreciação judicial, o que torna o Judiciário refém do Executivo tanto quanto o Legislativo, deixando o Executivo sem controle político pelos demais Poderes (BONAVIDES e ANDRADE, 2002: 417; 434). A transição do período autoritário para a democracia foi incomparavelmente mais dolorosa do que a transição da Monarquia para a República onde não se observaram os excessos de violência do poder (BONAVIDES e ANDRADE, 2002: 448).

As condições políticas por ocasião da Constituinte de 1987 foram muito distintas daquelas em que se deram os processos constituintes anteriores. Cumpre ser destacado a quantidade de eleitores brasileiros da ordem de 69 milhões que compareceram às urnas em 1986 para eleger os representantes constituintes, sabendo-se que em 1889, para uma população estimada em 10 milhões de habitantes, os eleitores inscritos não passavam de 200 mil. Para efeito de comparação, na primeira eleição verdadeiramente disputada para Presidente da República em sufrágio direto, ocorrida em 1910, entre HERMES DA FONSECA e RUI BARBOSA, acudiram ao pleito cerca de 700 mil eleitores, o equivalente a 3% da população da época. Na eleição dos constituintes de 1946, com o retorno do País à

normalidade democrática, a quantidade de eleitores era cerca de 10% da população (PORTO, v. VII, 2005: 7).

Outro ponto a considerar é a cobertura integral e diária pelos meios de comunicação – televisão, rádio, jornais e revistas – de todos os fatos pertinentes ao processo constituinte, desde a convocação, passando pelo pleito eleitoral e debates até a promulgação do texto final. Em todos os rincões do País eram conhecidos os fatos referentes à Constituinte. A publicidade através desses meios de comunicação aberta e livre, que se utiliza de linguagem visual, sonora e escrita com técnicas adequadas, tem a indiscutível vantagem de ser compreendida por todas as classes sociais, de modo que nada do que se passou no Congresso Constituinte escapou ao conhecimento da opinião pública de forma razoavelmente compreensível. Finalmente o debate político constitucional transbordara os salões da elite e ganhara as ruas do País.

A Constituinte de 1987 foi a primeira da história política do Brasil que não se originou de uma ruptura da ordem anterior quando comparada com a do Império em 1824 após a quebra do vínculo colonial, a da República em 1891 pelo golpe militar que derrubou a Monarquia, a de 1934 com o fim da oligarquia pelas armas da Revolução de 1930, a de 1946 com a ruína da ditadura e dissolução do Estado Novo e a de 1967 com o Golpe Militar em 1964 que aniquilou uma República legítima (BONAVIDES e ANDRADE, 2002: 455). Mas se ruptura for entendido algo mais do que violência física, com ênfase no término de uma ordem política substituída por outra, então não há como negar que a Constituinte de 1987 importou em ruptura.

Não se confunda ruptura de uma ordem política com ruptura de uma ordem jurídica. A ordem política produz a ordem jurídica, de modo que romper a ordem política importa uma ruptura radical, cujo fundamento está no campo da legitimidade. Alterar uma Constituição mediante processo de emenda ou revisão previsto na própria Constituição por mais profunda que seja a alteração o que se está fazendo nada mais é do que dar fluxo normal à ordem jurídica. Trocar uma Constituição por outra, buscando o fundamento dessa alteração fora do texto da Constituição antiga é ruptura de ordem política. Aliás, embora o processo constituinte tenha sido instaurado formalmente em 1987, o processo político de ruptura teve início com os primeiros atos de insatisfação e resistência da sociedade civil à ordem anterior no final nos anos 70, intensificando-se no contexto das manifestações das “*diretas já!*” e das vitórias eleitorais da oposição, evidenciando a perda de legitimidade dos governos militares.

No discurso proferido em 1º de fevereiro de 1987, por ocasião da instalação da Assembléia Nacional Constituinte, o Presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro MOREIRA ALVES declarava o “*termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via da conciliação, se encerra um ciclo revolucionário*”, fazendo uma longa explanação teórica do constitucionalismo (BONAVIDES e ANDRADE, 2002: 458). O discurso foi interrompido pelo Deputado Constituinte JOSÉ GENUÍNO alertando que a Constituinte era um Poder Originário, dispensando os limites sugeridos no discurso, com o alerta que os Constituintes tinham delegação do povo brasileiro para alterar todos os Poderes Constituídos segundo a convicção política de cada um.

O argumento evidentemente conservador do Presidente do Supremo Tribunal pretendia ver no processo político de transição da ordem antiga para a nova, por meio de conciliação, a ausência de ruptura constitucional, o que retiraria a qualidade de Poder Originário daquela Constituinte para reluzi-la a um Poder Derivado, como se fora um grande projeto de revisão ou emenda à Constituição de 1967. Essa distinção tem conseqüência grave, pois se considerada a nova Constituição uma continuidade da ordem constitucional anterior, então seria dado ao Supremo Tribunal Federal exercer o *controle de constitucionalidade* da Constituição comparada com a anterior da qual não poderia contrariar os dispositivos sob a *cláusula pétrea*²⁸.

Apenas para argumentar, a passagem do estado natural para o Estado político mediante o pacto social na figura articulada de LOCKE é a maior e a mais grave de todas as rupturas e não perde essa qualidade pelo fato de se constituir mediante a vontade unânime de todos os homens. O que dá a ruptura de uma ordem política não é a qualidade da força de passagem de um estado a outro, mas a radicalidade da alteração e conseqüente cessação do vínculo com a antiga ordem.

A idéia de Constituição perpassa pela estruturação política da sociedade vinculada à articulação do liberalismo como instrumento de limitação do poder do Estado (BONAVIDES e ANDRADE, 2002). A sedimentação da crença geral na sociedade de que todos os homens

²⁸ As constituições podem ser *flexíveis* porque alteráveis em processo legislativo ordinário como se alteram as leis comuns, como a Constituição Inglesa; podem ser *rígidas* porque somente alteráveis mediante processo de revisão ou emenda previsto na própria Constituição que prevê quorum de deliberação maior do que o exigível para as leis comuns; *cláusula pétrea* é a vedação de alteração de determinados dispositivos da Constituição, que não podem ser modificados nem mediante revisão ou emenda; são exemplos de *cláusulas pétreas* na Constituição de 1988 os dispositivos que tratam de direitos e garantias individuais, da forma republicana, do federalismo e da independência dos Poderes, de modo que eventual emenda à Constituição tendente a abolir algum desses dispositivos será julgado inconstitucional pelo Judiciário.

são iguais e livres, sem predeterminação de posição social e política, é o pressuposto ideológico do constitucionalismo. Primeiro se estabelece a Constituição em sentido sociopolítico a partir do reconhecimento de que é elementar e imanente ao homem o direito de igualdade e liberdade como pressuposto racional à preservação da vida. A indissociabilidade desses direitos como atributo conceitual do homem pode sair de uma leitura da natureza humana, revelado por Deus, veiculado pela tradição imemorial dos costumes originais, lido pela razão, produzido pela cultura ou formado politicamente. Não importa a origem, o certo é que o reconhecimento desse direito adquiriu estatuto de dogma intangível desde a consolidação do Estado liberal moderno. Quando uma sociedade tem essa crença e a partir dela baliza a ação política do Estado na relação com os indivíduos, diz-se que essa sociedade tem uma Constituição substancial de natureza sociopolítica.

Dependendo do modelo de formação política de uma sociedade, pode ocorrer a necessidade de registrar o conteúdo da Constituição sociopolítica em documento escrito sob determinada solenidade, em linguagem racional estruturada sob forma normativa, quando se passa a tratar da Constituição formal. A legitimidade da Constituição formal no Estado moderno, como ato de representação política, vai depender do grau de fidelidade entre o conteúdo da Constituição normativa e o conteúdo da Constituição sociopolítica real. A Constituição de 1988, pela intensidade da participação da sociedade civil na Constituinte, pelos representantes políticos, sindicatos, associações diversas, Igrejas e todo tipo de grupos organizados de pressão, tem elevado grau de adequação às forças políticas de diversas origens; esse fato caracteriza a construção de uma ordem política de maior legitimidade na história política do Brasil (BONAVIDES e ANDRADE, 2002).

O fato de ter sido convocada mediante Emenda à Constituição de 1967 não desmerece esse grau de legitimidade, porque a Constituinte de 1987 tão logo instalada absorveu politicamente esse ato convocatório, cuja natureza é mais bem descrita como um convite político para instauração do processo de pacto social para discussão pela sociedade por seus representantes na construção de nova ordem política.

COSTA (2006: 15-19) descreve em particular o Supremo Tribunal Federal brasileiro desde a Proclamação da República até a redemocratização do país iniciada em 1985 e institucionalizada na Constituição de 1988 sob vários estados de sítio, atos institucionais, golpes militares, insurreições militares, o *impeachment* de um Presidente da República e dois regimes ditatoriais com a suspensão de direitos constitucionais. Ao final desse ciclo a

Constituição de 1988 foi elaborada por indivíduos que acabavam de sair de um período autoritário que se instalara mediante golpe militar contra um governo legítimo. A Constituinte de 1987 reflete, dentre outras coisas, o anseio geral de impedir a volta de um regime autoritário, afirmar a pluralidade de interesses, de promover a democratização da sociedade, incorporar os excluídos, de assegurar direitos, com destaque para o reforço e a ampliação do Poder Judiciário como guardião desse regime político.

A Constituinte de 1987, premida por diversos grupos de pressão da sociedade civil, foi pródiga em conferir estatuto constitucional a diversos assuntos que não eram comumente tratados nesse nível, geralmente regulados nas leis comuns, tais como direito trabalhista e sindical, de família, indígena, ambiental, organização bancária, saúde dentre outros. É razoável especular o motivo dessa ânsia da sociedade civil em elevar à categoria constitucional quantidade significativa de direitos antes tratados em leis comuns como uma busca de certeza e segurança no reconhecimento desses direitos.

O debate constitucional disseminado na sociedade civil graças aos meios de comunicação deslocou o constitucionalismo dos círculos fechados de certas elites para a base da pirâmide social. Os termos antes restritos aos iniciados, então se tornaram palavras fluentes nos meios sindicais, nas associações de bairros, nas corporações profissionais e econômicas. Disseminou-se a idéia de que tudo o que é matéria constitucional tem preponderância sobre as leis comuns, de modo que uma legislatura ordinária não tem poder para revogar o direito que estiver regulado na Constituição. Falaram os críticos de uma Constituição *inchada pelo casuísmo* por tratar de tantas miudezas que em princípio nada teria a ver com a organização política do Estado. Mas estávamos diante de um novo constitucionalismo que iria ser definido pelas forças políticas reais e não mais como outrora por círculos fechados de *legistas*. A teoria não iria mais sobrepor-se aos fatos políticos; os fatos políticos é que teriam proeminência e sobre eles depois de consumados se faria a teoria.

Eram tantos os direitos a serem incluídos no texto da Constituição a que os Constituintes estavam obrigados a reconhecer em atendimento às pressões da sociedade civil que tiveram de recorrer a técnicas de redação programáticas ou de remissão à regulação das leis comuns, senão o texto constitucional ficaria tão extenso quanto o ajuntamento de diversos Códigos de leis. Essa técnica fazendo a eficácia do direito depender de ulterior ato político poderia torná-lo letra morta. A Constituinte foi sábia e incluiu na Constituição uma das mais originais inovações do constitucionalismo brasileiro destinado a garantir a eficácia desses

direitos de eficácia programada ou diferida, introduzindo o *mandado de injunção* (BONAVIDES e ANDRADE, 2002: 505-506).

Sempre que direito, liberdade ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, previstos na Constituição, cuja eficácia dependa de leis comuns do Poder Legislativo ou de atos administrativos do Poder Executivo, caso tais Poderes não adotem as providências de sua competência institucional, incorrendo em omissão e cerceamento do respectivo exercício, caberá ao Judiciário conceder *mandado de injunção*²⁹. Sem dúvida atribuir ao Judiciário a possibilidade de criticar a omissão arbitrária dos outros Poderes configurou relevante expansão do poder político de controle e de imposição de limites.

O arbítrio obviamente não provém apenas das ações. O silêncio e a omissão são capazes de ferirem direitos e liberdades tão ou mais cruelmente do que as ações propriamente ditas. A premissa assim é que o arbítrio político e o abuso de poder podem decorrer de simples omissões, impondo-se controlar e limitar essas omissões para garantia de direitos e liberdades.

Como a Constituição preservou a fórmula clássica da independência dos Poderes conforme articulada por MONTESQUIEU com a finalidade de tornar aptos os Poderes a se contraporem respectivamente, a concessão do *mandado de injunção* não poderia ir além de uma recomendação do Judiciário para que fosse promulgada a lei ou praticado o ato administrativo. Com efeito, o princípio da separação ter-se-ia rompido caso se admitisse ao Judiciário intervir com essa intensidade política no cerne das competências próprias dos outros Poderes.

Todavia, a concessão do mandado de injunção comunicada ao Legislativo ou ao Executivo sobre a omissão da lei ou ato administrativo era recebida como simples

²⁹ Dicionário de direito dos Estados Unidos do juiz BOUVIER, in *História Constitucional do Brasil*: “O *mandado de injunção* é proveniente do direito norte-americano, correspondendo a um *mandado proibitório*, expedido, em geral, pela autoridade de um tribunal de equidade, para evitar que um ou mais de um dos réus ou partes ou *quasi partes* num processo ou num procedimento, em semelhante juízo, façam ou consentam que seus subordinados, ou quantos estejam sob suas ordens, executem ato reputado injusto ou ofensivo à equidade, na medida em que atinge direitos de alguma outra parte ou partes, em tal processo ou procedimento em jurisdição de equidade.” A adoção de igual terminologia no constitucionalismo brasileiro não se deve à finalidade do instrumento, que é diversa, mas ao fato de se fundar na *jurisdição de equidade* surgida na Inglaterra em 1616 por decisão de JAMES I, atendendo conselho do Procurador Geral Sir FRANCIS BACON, para que o conflito entre o Lord Chancellor ELLSMERE e o Chief Justice COKE fosse resolvido não pelo direito comum – *common law* – mas pela justiça – *equity* – em face das peculiaridades da situação; abria-se assim ao juiz a possibilidade de sobrepor a equidade ao direito comum. Então o Judiciário brasileiro pelo mandado de injunção estará habilitado a agir de certo modo por equidade visto que ainda não existe a lei.

recomendação, porque a competência política para definição dessa oportunidade legislativa ou administrativa é discricionária, própria do mérito daqueles Poderes que não podem se submeter à pressão do Judiciário sem ferir a separação e independência dos Poderes.

Apresenta-se o dilema entre o respeito ao princípio político da separação e independência dos Poderes, arduamente edificado no processo de consolidação do Estado moderno como garantia de controle e limitação do poder, e o dever do Judiciário de julgar o arbítrio omissivo dos outros Poderes para garantir ao cidadão o direito ou a liberdade constitucional cuja eficácia está obstada.

Apresentado o dilema coube ao Judiciário, como intérprete final da Constituição, construir a solução. O Judiciário não iria se imiscuir na intimidade dos outros Poderes, seja pelo princípio da independência dos Poderes, seja por ser um poder desarmado. Se não cabia ao Judiciário expedir ordens de como e quando deveriam funcionar os demais Poderes, nenhum obstáculo se opunha a ele próprio, nos limites formais do processo judicial, promovesse a efetividade dos direitos prometidos no texto constitucional.

As decisões judiciais são *veredicta*, verdades, que integram a esfera de interesse da pessoa a quem favorecem no curso do processo. Essas verdades, em forma de sentenças, depois que se esgotam as possibilidades de discussão jurídica, constituem títulos que têm a qualidade das leis. A diferença é que as leis são normas abstratas, de abrangência geral, indeterminada para a sociedade, e as sentenças são normas concretas, de abrangência específica, determinada unicamente para as pessoas envolvidas no processo.

A sentença do Judiciário é decisão política porque reconhece uma relação em que se contrapõem uma posição ativa de poder e uma posição passiva de dever. Dirão os juristas que se trata de uma relação jurídica entre sujeitos de direitos e sujeitos de obrigações. Têm razão. Mas é relevante para a Ciência Política que subjacente a essa relação jurídica também se estabelece uma *relação de poder político*.

Esse impasse, entre a independência dos Poderes que os tornam impermeáveis à intromissão dos demais nos assuntos internos de seu funcionamento e o dever de realizar a promessa de direito entregue ao cidadão pela Constituição, se resolve pela ênfase que o Judiciário dá na questão central do motivo pelo qual se deva reconhecer esse direito ao cidadão. Em vez de buscar construir uma decisão que ênfase um mando destinado ao Poder

omisso, o Judiciário enfatiza a construção lógica do direito reconhecido ao cidadão. Esse reconhecimento é formalizado na parte normativa da decisão judicial com destaque. Então, o cidadão passa a ter uma decisão de conteúdo normativo que esclarece o direito prometido no texto constitucional.

Daí em diante o liberalismo de LOCKE, de MONTESQUIEU e dos FEDERALISTAS, incorporado no constitucionalismo moderno, garante o respeito e a submissão de todos os demais Poderes às decisões judiciais definitivas. Para o cidadão a decisão desvela um direito seu apto a ser executado contra quem for apontado devedor; para o Legislativo e o Executivo essa decisão judicial final que os aponta como devedor é ato político sob a forma de ato jurídico. Atente-se que se um particular fugir ao cumprimento de uma decisão judicial estaremos diante de uma infração legal; mas a recusa ao dever em dar eficácia a uma decisão judicial vier de um dos Poderes do Estado, então estaremos assistindo a quebra do pacto social de constituição do Estado político, instaurando-se uma ruptura política mediante violência.

3. Processo político de judicialização da política

A judicialização da política no Brasil é uma resposta política do Judiciário ao quadro de omissão dos demais Poderes em implementar as políticas de efetivação dos direitos prometidos no texto constitucional; também é uma resposta aos anseios da sociedade para a transformação em direito de interesses que ainda não têm esse estatuto normativo. Resta entender o que estaria produzindo essa omissão, que é o tema desta parte. O chefe do Executivo e os membros do Legislativo são agentes políticos, diferentemente do Judiciário, investidos de mandatos temporários providos mediante sufrágio direto. Mesmo, no caso do Executivo federal, os Ministros de Estado como agentes políticos investidos de cargos não eletivos, estão vinculados indiretamente à eleição do Presidente da República. Essa omissão à primeira vista e num primeiro momento se apresenta como um não atendimento da

expectativa de parcelas relevantes da sociedade civil, o que tenderia a alimentar sentimentos negativos e possível perda de legitimidade do regime no longo prazo.

Para explicar esse quadro que leva políticos, investidos de mandatos temporários mediante sufrágio, ou mesmo autoridades do governo por eles indicados, a se desinteressar pela efetivação de políticas que beneficiariam em tese seus eleitores, EDSON NUNES (2003) constrói uma *gramática política do Brasil*, articulando como se estruturam no mundo político os diversos princípios que atuam nas instituições políticas com o sistema social.

Esse ensaio supera o velho *dualismo* maniqueísta que buscava entender o desenvolvimento das instituições políticas brasileiras em polarizações tais como sociedade (interesses privados) *versus* Estado (interesses públicos) ou urbanismo industrial *versus* localismo agrário, através de uma percepção sincrética da interação dos fatos econômicos e políticos ocorrentes na história republicana. Diferentemente da visão marxista que insiste na interpretação com ênfase na estrutura econômica, NUNES (2003) observa efeitos próprios das instituições políticas e sociais brasileiras.

As *gramáticas* de NUNES (2003) correspondem ao *clientelismo*, como o procedimento de troca de interesses entre o Estado e a sociedade, cuja origem remonta ao Império e, na Primeira República, desde a inauguração da *política dos fazendeiros* no bojo da instauração do federalismo no Brasil; ao *corporativismo*, a partir da Revolução de 30 como projeto de GETÚLIO VARGAS para opor-se à velha política do *clientelismo* e assim livrar o Estado do localismo agrário, objetivando esvaziar a política tradicional e focar o debate no âmbito das corporações profissionais e econômicas sob a supervisão direta do Estado, de sorte a frear a possibilidade de luta ou conflito social; ao *insulamento burocrático*, igualmente promovido no bojo das reformas administrativas de GETÚLIO VARGAS com a finalidade de imunizar a ação da Administração Pública da pressão política tradicional localista, mediante a organização do serviço público sob a forma de burocracia técnica em carreiras; e finalmente, ao *universalismo de procedimentos*, compreendendo o conjunto de procedimentos de previsão geral e abstrata, veiculando o princípio da igualdade de oportunidades, típica bandeira das elites então de vanguarda política e de orientação liberal, visando romper o paradigma do Estado patrimonialista herdado do modelo colonial, cuja implementação somente viria a se dar por ocasião da Constituição de 1946.

Essas *gramáticas* não se superpõem sucessivamente; ao contrário, ainda no curso da Era Vargas, o *corporativismo* sofre influxo da política tradicional, o *insulamento burocrático* se torna permeável ao *clientelismo*, que deixa de ser uma troca entre os políticos e a sociedade (*clientelismo tradicional*) e passa a ser uma troca de interesses conduzida diretamente pelo Estado em face da sociedade, usando como cabeça de ponte nessa ação clientelista de Estado a própria estrutura corporativista.

No breve período da restauração constitucional de 1946 até o golpe militar de 1964, a *universalidade de procedimentos* passa a compor como regra a ação política, todavia no mais das vezes como proposta normativa, visto que o *clientelismo tradicional* de origem local recupera prestígio em face do regime federativo, bem assim o *clientelismo de Estado*, apoiado na estrutura *corporativista* e na *burocracia* remanescentes.

Inicialmente o Golpe de 1964 se propõe a afastar a política tradicional, vista como obstáculo ao desenvolvimento e à inclusão do Brasil no contexto dos países industrializados modernos, fortalecendo o *insulamento burocrático* e a *universalidade de procedimentos* com ênfase na área econômica. Todavia, ainda que sob intensa intervenção no processo eleitoral, a fim de manter o poder menos hostil aos interesses regionais, os militares cedem a acordos com a política tradicional e o *clientelismo tradicional* retoma fôlego, especialmente com os políticos do Nordeste e outras áreas ainda sujeitas ao agrarismo.

O processo de democratização na década que antecede a instauração da Constituinte de 1987 institucionaliza solidamente essas *gramáticas*, visto que as eleições indiretas que levaram ao poder a frente encabeçada por TANCREDO e SARNEY se articularam tanto no *clientelismo* quanto no *corporativismo* e na estrutura *burocrática*, embora trouxessem como bandeira a *universalidade de procedimentos*. A Constituição de 1988 é a prova documentada da ação simultânea e quase complementada dos diversos grupos de pressão interessados nessas *gramáticas*.

De outro lado, BARRY AMES (2003) percebe o Brasil como um país formalmente democrático, todavia permeável a períodos crônicos de inflação, desperdício e corrupção no governo, déficits previdenciários, péssimo serviço social, violência e desigualdade. Analisando o governo de FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, que excepcionalmente reuniu todas as condições políticas para levar adiante as medidas necessárias para enfrentar aqueles problemas, inclusive com considerável maioria parlamentar, AMES (2003: 22)

conclui que as instituições políticas brasileiras criam uma *permanente crise de governabilidade*. Isso ocorre porque as instituições políticas funcionam mal, não porque beneficiariam a setores da elite, mas porque as instituições políticas agem em causa própria, isto é, em prol dos políticos e dos servidores públicos.

AMES (2003: 36) verifica que a maior parte de importantes setores da política e do serviço público é competente e honesto. Ocorre que os políticos demandam o direcionamento do Estado para as respectivas regiões eleitorais como procedimento de sobrevivência política. O mesmo ocorre no âmbito da burocracia, direcionando a ação pública na preservação da própria situação em forma de prerrogativas e vantagens, dado que a função burocrática na Administração Pública brasileira é vista mais como uma oportunidade de mercado de trabalho e de posição social comparativamente às condições mais exigentes, de menor prestígio e menor remuneração da iniciativa privada.

Outro obstáculo percebido por AMES (2003: 35) é o excesso de *veto-players*, ou seja, a quantidade de possibilidade de diversos setores agirem obstaculizando a ação pública, impedindo assim a inovação política, situação essa inerente às instituições políticas brasileiras. Diversas e importantes reformas para instaurar a igualdade social esbarram na ação eficaz dos grupos de pressão dos segmentos políticos, econômicos ou profissionais, com autêntico poder de trancar as deliberações no Congresso Nacional. Segundo AMES (2003: 36), esse excesso de *veto-players* teria origem no modelo federalista brasileiro, estruturado desde os municípios e os Estados, em intrincada rede de apoios políticos e trocas de favores, e no empreguismo público suportado na patronagem e no fisiologismo. A Constituição de 1988 foi elaborada nesse contexto político e tornou regra definitiva o que era apenas um conjunto de práticas políticas, senão perpetuando ao menos dificultando ao máximo as ações de governo.

AMES (2003) analisa sob outra ótica as *gramáticas* de NUNES (2003), constatando a continuidade histórica, concluindo que as instituições políticas brasileiras funcionam mal. De um lado, os políticos, voltados para a preservação das posições eleitorais, redirecionam a ação estatal para esses fins em detrimento de reformas permanentes, caracterizando *clientelismo*; de outro lado, a estrutura burocrática, bastante qualificada tecnicamente, volta-se para a preservação do próprio estatuto, revivendo intensamente moderna e eficaz forma de *corporativismo*. Some-se a isso a possibilidade incomensurável de ações aptas a obstar as

políticas de governo no âmbito do Congresso Nacional, manipuláveis tanto diretamente por agentes políticos quanto indiretamente por agentes burocráticos.

Assim, *clientelismo, corporativismo, insulamento burocrático, universalismo de procedimentos, localismo e excesso de veto-players* contribuem para a inação do Legislativo e do Executivo, obstaculizando a implementação de políticas mediante leis e atos administrativos, que são causas necessárias e suficientes para a concretização de direitos prometidos na Constituição de 1987.

Já a natureza da estrutura deliberativa do Judiciário, que segue um ritual técnico, submetido a publicidade e à possibilidade de refutação, com a obrigatoriedade de declarar exaustivamente o motivo de suas decisões, sendo de relevante importância as garantias da magistratura – *vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos* –, bem assim a imparcialidade imanente ao desenvolvimento sociopolítico do Judiciário, se não o torna imune a esses vícios políticos ao menos quando por eles atingindo seus efeitos não são de monta a estagnar a função judicial.

VIANNA (2003) organizou pesquisa pelo Instituto Virtual *A Democracia e os Três Poderes no Brasil* em convênio com a Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPERJ e o Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ. Essa pesquisa teve por objetivo uma inquirição geral sobre as relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a partir da institucionalização da democracia brasileira pela Constituição de 1988. Os resultados sobre a questão democrática convergiram para as possibilidades de dotar a sociedade de procedimentos que levem à realização dos ideais de justiça, num contexto de consolidação da democracia, mas que apresenta déficits no atendimento das demandas sociais. Esse déficit se faria indicar pela predominância do Executivo sobre o Legislativo através do abuso de Medidas Provisórias em matérias que não se apresentam como urgentes conforme exigido pela Constituição, o que leva a um processo de tomada de decisões que se subtrai à opinião pública tanto no âmbito parlamentar como no da sociedade civil. O aparente consentimento do Congresso com essa transferência do poder de fato de legislar na realidade estaria escondendo mecanismos de cooptação pelo Executivo sobre a maioria parlamentar em que haveria uma troca do *silêncio obsequioso* pela *liberação de recursos para projetos de interesse de suas bases eleitorais*. O que VIANNA está identificando de certo modo corresponde ao que NUNES (2003) e AMES

(2003) apontaram como entraves à democracia brasileira pelo *clientelismo de Estado* por iniciativa do Executivo combinado com uma *política localista* parlamentar.

Conclui VIANNA pela verificação de um estreitamento da esfera pública por onde deveria transitar a formação da soberania popular, cuja reação é observada por um movimento crescente da sociedade civil, das minorias políticas e das organizações sociais, às vezes até os cidadãos individualmente, recorrendo ao Judiciário contra leis, atos e omissões do Legislativo e do Executivo. VIANNA vai chamar esse movimento por seu caráter afirmativo de *judicialização da política*, cuja característica principal seria o deslocamento da agenda de discussão de problemas políticos para o processo judicial.

Essa esfera pública que se estaria formando em torno da *judicialização da política* estaria mobilizando formas e mecanismos da representação funcional, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, o sindicalismo, as ONGs e a vida associativa em geral, mas não estaria necessariamente concorrendo com o sistema da representação política. As duas formas de representação se complementariam.

CITTADINO (2003) observa que a ampliação do controle normativo do Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas, seja nos países europeus – Alemanha, França, Itália, Portugal e Espanha –, seja nos Estados Unidos e em novas democracias latino-americanas, se dá em razão de uma forte pressão da sociedade, produzindo um *ativismo judicial*. No passado a resistência à judicialização da política partia daqueles comprometidos com a defesa de uma hermenêutica constitucional restritiva, vinculados a uma cultura jurídica positivista e privatista, atualmente substituída pela crítica à vontade de domínio dos tribunais e pela restrição à soberania popular. O constitucionalismo democrático a que se refere CITTADINO corresponderia à concepção de constituição-dirigente que estaria presente no modelo constitucional de 1988 quando, em vez de produzir uma Constituição que apenas regulasse a forma do Estado, do governo, o modo de aquisição e exercício do poder e os seus limites, avançou sobre valores calcados no binômio “dignidade humana e solidariedade social”.

Desse modo, o constitucionalismo democrático percebe a Constituição menos como uma carta de direitos e mais como uma carta de valores, cujo campo hermenêutico permite a atuação expandida do Judiciário. Em se tratando de uma Constituição de valores a eficácia de sua implementação dependerá de ações políticas do Estado, cuja omissão abrirá espaço para a judicialização da política. O que se tem inevitavelmente é que a interpretação de uma carta de

direitos tende a ser mais objetiva, garimpando os motivos no próprio sistema normativo, o que se de um lado restringe a função judicial, de outro apresenta instrumentalidade mais adequada ao controle da própria função. Já uma carta de valores, propiciando terreno fértil para a expansão da função judicial, que passa se utilizar de razões que transcendem o sistema normativo, mas o controle sobre a função judicial assim exercida tende a se tornar um debate polêmico.

EISEMBERG (2003) apresenta o debate da judicialização da política em torno de duas grandes correntes: cita o procedimentalismo de HABERMAS e GARAPON que implica uma valorização apenas parcial da judicialização na medida em que ela é um indicador das conquistas sociais consolidadas no Estado de Bem-Estar Social, mas aponta para riscos de novas formas de cidadania clientelista; e CAPPELLETTI e DWORKIN que confrontam a invasão da política pelo direito com visão mais otimista a partir do papel dos juízes como contraponto conservador à inevitável tendência dos parlamentares de atenderem os desejos da maioria, de modo que a atuação judicial se daria mais no sentido de preservação da ordem e de sua extensão aos setores menos integrados na sociedade.

Para EISEMBERG (2003) a judicialização da política se compõe de dois movimentos distintos: expansão dos poderes de legislar e executar leis pelo sistema judiciário, como transferência do poder decisório do Executivo e do Legislativo para o Judiciário; e disseminação de métodos de decidir típicos do Judiciário nos outros Poderes, o que seria uma *tribunalização da política* em oposição a *judicialização da política*. Nesse contexto se apresenta o pragmatismo jurídico no qual o juiz é antes de tudo um criador do direito, adotando um ponto de vista experimental, de modo que os juízes passem a ser políticos.

MELO (2003: 63) analisa a judicialização da política na Suprema Corte dos Estados Unidos a partir da organização do Estado sob o federalismo e a separação dos poderes, com a criação de um tribunal superior independente em face da representação política dotado de poder para o controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo. Esse modelo tem como suporte a representação política como princípio de governo sob consentimento dos governados e a limitação dos outros Poderes atribuída ao Judiciário independente. O caráter definitivo da interpretação da Constituição combinado com a independência do Judiciário resultou na produção de um extenso *direito não escrito*. Veja-se que o poder de exercer o controle de constitucionalidade das leis jamais esteve declarado textualmente na Constituição dos Estados Unidos. Sedimentou-se como fruto da hermenêutica

judicial, cujo marco é o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, através da manifestação do *Chief Justice Maschall em 1803*, a partir da interpretação do artigo VI, cláusula 2ª, da Constituição norte-americana onde está assegurado que “... *essa Constituição... será a Lei suprema do país; e os juízes em todos os estados a ela estarão obrigados*” (MELO, 2003: 66-67). A decisão da Suprema Corte foi de que as leis devem se conformar aos limites da Constituição, senão não haveria necessidade de uma Constituição escrita; estando os juízes obrigados pela Constituição, então se uma lei a contrariar deverá ser invalidada. Outro exemplo de ativismo judicial é a oposição da Suprema Corte à política do *New Deal* da Era Roosevelt (MELO, 2003: 74).

Todavia, a questão do controle de constitucionalidade de leis a atos administrativos, embora possa ter por objeto a discussão judicial sobre temas de relevante interesse político, não parece se enquadrar no conceito de ativismo judicial como *judicialização da política*. O Judiciário independente no sistema de separação de poderes tem o poder de controlar os demais Poderes, especialmente quando o arbítrio se realize mediante leis e atos administrativos contrários à Constituição. Essa função judicial é clássica no sistema liberal de contenção do abuso de poder e o Judiciário nada mais está fazendo do que exercer o controle dos outros Poderes, ainda quando a consequência tenha repercussão política.

No período autoritário o Judiciário ficou restrito à função tradicional de arbitrar a resolução dos conflitos individuais como um poder neutro, mas no processo de transição para a democracia, estando em curso a crise mundial do Estado do bem-estar social com a disputa entre setores da elite brasileira sobre o tipo de relação que deveria prevalecer entre o interesse público e o interesse privado, o Judiciário assumiu postura ativa (VIANNA et al., 1977). A inserção política do Judiciário nessa transição é lenta porque ainda se encontrava sob a rigidez da separação dos poderes e pouco demandado pela sociedade civil. Mas com o ápice da democratização com a promulgação da Constituição de 1988, na qual redefinido papel do Judiciário, ocorreu a expansão da função judicial, seja pela avalanche de demandas em relação aos direitos represados durante o período autoritário, seja pela incapacidade do Executivo e do Legislativo em executar políticas que efetivassem esses direitos.

Após 1988, o Judiciário passa a ser um ator coletivo que se envolve no processo de mudança social, centrado no juiz como um *agente solidário* que tende aproximar o direito positivo ao ideal de justiça. A exposição do Judiciário à opinião pública retro-alimenta esse processo político de expansão da função judicial, destacando-se o papel do Supremo Tribunal

Federal que transpõe a missão de um especialista para assumir *a representação intelectual e ético-moral do conjunto de questões afetas a direito e à justiça no País* (VIANNA et al., 1977).

VIANNA et al. (1977) compartilham da mesma posição de que o processo institucional que estaria aproximando o Brasil de uma judicialização da política resultaria da adoção de controle abstrato da constitucionalidade das leis com a intermediação de uma *comunidade de intérpretes*³⁰ e não da assunção de novos papéis pelas antigas instituições. Os autores fazem uma aproximação de conceitos que têm origem e conseqüências distintas. É razoável perceber o controle abstrato da constitucionalidade das leis como um dos elementos que vai irrigar o terreno para florescer a judicialização da política, porque esse controle abstrato permite a discussão da lei em tese, a lei como norma desvinculada da realidade de um caso determinado. A discussão em tese de leis é atividade típica dos parlamentos, porque não se está julgando nenhum conflito localizado de interesses subjetivos. A discussão de lei em tese no processo judicial servirá como um exercício para que o Judiciário amplie o espaço de interpretação.

Todavia, esse fenômeno político nada mais é do que a preservação da liberdade mediante controle judicial dos outros Poderes. O controle de constitucionalidade das leis é forma de controle dos limites do Legislativo promovido pelo Judiciário sob iniciativa de outros agentes do Estado e da sociedade civil. Quando uma lei é afastada por ser contrária à Constituição se está promovendo simples restauração da ordem ofendida pelo excesso do Legislativo. Não há uma inovação da ordem. Preservar a ordem é função política neutra. A judicialização da política pressupõe um ativismo judicial que traz em si uma alteração da ordem.

SILVA (2004: 77; 151) trata da judicialização da política a partir de uma *interferência* do Judiciário nas questões de governo, na medida em que aquilo que deveria estar circunscrito ao debate e á luta política estaria sendo objeto de decisões judiciais. Lembra as expressões *governo dos juízes* que foi muito usada nos Estados Unidos por ocasião da evolução do controle de constitucionalidade das leis pela Suprema Corte; *judiciarismo*, termo usado pelo

³⁰ O art. 103 da Constituição brasileira de 1988 prevê a iniciativa de ação de inconstitucionalidade pelo Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político que tenha representação no Congresso Nacional e confederação sindical de classe de âmbito nacional.

Ministro do Supremo Tribunal Federal OROSIMBO NONATO no voto que proferiu na Representação nº 94 – RS, *judicialização da política, judiocracia, ativismo judicial, jurisdicização do fato político*, todas no contexto da expansão do Poder Judiciário. A judicialização da política tem início no sistema político dos Estados Unidos mais do no da Inglaterra porque a política norte-americana desenvolveu a doutrina da *supremacia do Judiciário* e a inglesa a da *supremacia do Parlamento*.

LOPES JR (2007) constata que a judicialização da política como um fenômeno caracterizado pela expansão da atividade jurisdicional e pela ampliação da competência do Judiciário para além da formalidade processual constitui tanto um processo de redistribuição das funções entre os três poderes quanto a criação de novas esferas de mobilização pública. Pesquisando a atuação do Tribunal de Contas da União LOPES JR verifica que nesta Corte especial, que está na estrutura do Poder Legislativo, mas que detém funções simétricas às do Poder Judiciário quanto a economicidade, eficiência e eficácia da gestão pública, participando do sistema de controle e limitação dos Poderes, também ocorre o fenômeno da judicialização da política. Percebe que a judicialização da política no Tribunal de Contas se dá num ambiente de fragilização política do Legislativo e de fragilização econômica do Executivo, assumindo aquela Corte uma função intermediadora fundamental nas disputas entre os Poderes nas disputas financeiras do presidencialismo de coalizão.

Não obstante, a função de controle e limitação dos Poderes desempenhada pelo Tribunal de Contas da União, bem assim essa intermediação nas disputas de gestão financeira, não contém por si só os elementos que qualificam a judicialização da política. O ativismo judicial não é dado pela relevância ou efeitos políticos da atuação judicial. Veja-se, por exemplo, que a invalidação de leis inconstitucionais que tratem de um programa de governo pode até gerar impasse e paralisia da Administração Pública, com evidentes desgastes e rupturas políticas, mas nem por isso o juiz estaria deixando os limites da neutralidade, apenas exercendo o dever de controlar a constitucionalidade das leis e os excessos de outros Poderes. O que vai distinguir a judicialização da política é uma atuação judicial que supra a omissão de outros Poderes na construção da política. É o Judiciário assumir a função de governo mediante decisões que, não obstante dentro do processo judicial, tenham a substância de lei ou de atos administrativos essenciais para a efetivação de direitos prometidos na Constituição.

Ainda que sob a antiga monarquia não passassem de uma emanção do poder régio, RIGAUX (2003: 185-186) lembra que JEAN BODIN já reconhecia o poder dos juízes de

dobrar a lei, porque é coagido a *fazer obra criadora*, porque toda norma tem necessidade de ser interpretada e porque nenhuma codificação é capaz de prever todas as situações possíveis, de onde certa *missão legislativa do juiz*. Existe uma dinâmica da relação ente o Judiciário e o Legislador, no qual prevalece a aptidão do primeiro para a *construção do direito* mediante a interpretação da lei em cada caso, impondo auto-restrições. O juiz HOLMES da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1917 dizia que “*os juízes fazem e deve fazer obra legislativa, mas se insinuam nos interstícios das leis; não movem massas, mas somente moléculas*” (RIGAUX, 2003: 322-323).

GARAPON (2001:24-28), membro da magistratura francesa, descreve a contradição entre a influência que a justiça exerce sobre a vida coletiva francesa e a crise de legitimidade com a qual se defrontam nos países democráticos todas as instituições que exercem alguma forma de autoridade democrática. A mudança no papel do juiz dependerá da transformação da democracia, ligando os destinos do Judiciário aos da política naquilo que parece uma inversão de posição entre o Judiciário e a política, onde destaca a figura do *petit juge*³¹. A demanda da justiça vem do desamparo da política, *o direito tornando-se a última moral comum em uma sociedade que não mais a possui*, isso porque a sociedade não tolera outro tipo de julgamento que não o do juiz (GARAPON, 2001: 37). Sem perder de vista o perfil do juiz como *terceiro* (o Estado juiz imparcial de LOCKE), percebe a identificação emocional com as vítimas como sintoma que aponta para a perda da *imparcialidade*. Essa lógica *vitimaria* tende a caracterizar a perda da função tutelar imparcial do juiz. Caracterizam-se essa tendência na França o medo do agressor, a identificação com a vítima, a diabolização do culpado, produzindo um consenso mais em torno do sofrimento e menos preocupado com os valores comuns. Estaria se formando uma nova utopia no espaço do ativismo judicial, onde os valores deixariam de estar na objetividade da lei como sedimentado no Estado liberal, bem assim deixariam de estar na ação política intervencionista do Estado do bem-estar social, agora para se fundamentar na convicção do justo como resultado da atuação dos juízes (GARAPON, 2001: 243-247). Novamente vem a lume a inquietante pergunta de SARTORI: *Quem custodia o custódio?*

³¹ “**Petit juge**, denominação com na França certa mídia sensacionalista e certos meios político-financeiros qualificam os jovens juízes formados pela Escola Nacional da magistratura, com sede em Bordeaux. Em geral têm monos de 40 anos, são quase metade dos 6.300 magistrados em exercício; 550 são juízes da instrução, 44% mulheres. Têm por característica tratar todos os processos com rigor e nas estrita aplicação da lei”, in nota de rodapé, p. 14, GARAPON, 2003.

Essa preocupação sobre “*o poder inédito dos juízes... governo de juízes... protagonismo judiciário... tentação de uma justiça redentora...*” aparece no trabalho de GARAPON (2001:55-56) na crítica que faz aos *pequenos juízes* (iniciantes na carreira da magistratura francesa) ávidos de poder e imbuídos de ideais, trazendo a si a solução final das crises sociais. APPIO (2007: 149-150), mais severo, alerta para o risco de um governo dos juízes, não pelo simples fato de que não tenham sido eleitos para gerirem a máquina administrativa ou para inovarem no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de não terem mandato fixo. Em outros termos, a vitaliciedade e a inamovibilidade, tornando os juízes insubstituíveis, mesmo quando suas decisões rompessem com a Constituição, somente poderiam ser apeados do poder mediante golpe de Estado alterando-se a própria Constituição. Nesses termos, APPIO (2007) defende um *mandato fixo* para os juízes do Supremo Tribunal Federal mediante indicação pelo Congresso Nacional, com reserva de veto ao Presidente da República. O problema de um governo dos juízes é a subjetivação do poder. O governo pelo Executivo ou pelo Parlamento é um *império da lei* no sistema clássico da separação e da limitação dos Poderes mediante controle recíproco; mas um governo do Judiciário é um *império do homem*, dado que o limite do poder seria exclusivamente a convicção moral dos juízes.

A função judicial tradicional do Judiciário, consolidado como *poder político independente*, sobretudo depois da Revolução Americana, é *ação política negativa*, em cujo exercício dirime conflitos intersubjetivos mediante aplicação da lei, mas com o *poder político* de, ao aplicar a Constituição, negar validade aos atos e leis dos outros Poderes. Diz-se *ação política negativa* porque ao retirar a validade de atos e leis dos outros Poderes desconstitui parte da ordem jurídica, como se fora um *legislador negativo*, poder político esse de efeito algo semelhante ao *poder de veto*, dele se distinguindo quanto ao momento de exercício: o chefe do Executivo exerce o veto antes do início da vigência da lei, ao passo que o Judiciário o faz no curso da vigência. Na realidade quando o Judiciário afasta leis ou atos julgados inconstitucionais, o que está fazendo é a *restauração da ordem jurídica violada*, de onde se extrai que mesmo nessa crítica função de controle de constitucionalidade o Judiciário ainda se porta como um poder neutro.

Enquanto o Legislativo e o Executivo exercem *ação política positiva* mediante a formação de leis e atos administrativos, cujos membros são investidos de *poder político temporário* pelo sufrágio, deliberando segundo a *regra da maioria*, o Poder Judiciário

exerceria *ação política negativa* na formação de sentenças, cujos membros são investidos de *poder político permanente* ou *vitalício*, deliberando segundo a *regra do direito*. Em outros termos, o Legislativo e o Executivo agiriam por *atos de vontade* criando *direito novo* sob a forma de *políticas*; o Judiciário, na função tradicional, agiria por *atos de verdade* declarando o *direito vigente* sob a forma de *decisões*.

Nesse sistema a *ação política positiva*, produzida segundo a *regra da maioria*, é limitada pela *ação política negativa*, produzida segundo a *regra do direito*. Essa é a fórmula política da democracia representativa liberal: *deliberação da maioria, respeitado o direito da minoria* (*O Federalista*). Nesse contexto político, a *função judicial tradicional* ou *ação política negativa* assume o papel de instrumento de *controle político* ou limitador dos demais Poderes.

O processo de evolução política do Judiciário não se esgota nessa *ação negativa* em relação aos demais Poderes do Estado. A Constituição brasileira de 1988 elevou à categoria de garantia constitucional uma série de direitos, sob o influxo de um *constitucionalismo institucional de programas*, em reação ao período autoritário de 1964 a 1985, no sentido de que somente seriam eficazes e estáveis aqueles *direitos* alçados à categoria de *constitucionais*. O processo constituinte nesses termos conduziu ao *inchaço* da Constituição de 1988, muitas vezes tratando de matérias que nada tinha a ver com a ordem política constitucional. A Constituição de 1988 foi criticada por ser demasiado *casuística*. Fruto dessa amplitude e detalhamento do texto constitucional e até como necessidade, foi utilizada sem parcimônia a técnica de referência programática e de remissão a regulação comum. A eficácia dos direitos passou a depender de atos do Executivo ou de leis do Legislativo³².

Assim justificou-se a introdução no sistema constitucional brasileiro do *mandado de injunção*, medida judicial cujo procedimento é semelhante ao *habeas corpus* e ao mandado de

³² Exemplo de direito programático é o art. 196 da Constituição de 1988: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”; a aplicação dessa norma por si é impossível porque não tem os elementos materiais necessários, devendo ser completada por normas comuns. Exemplo de direito não auto-aplicável é o inciso XXI do art. 7º da Constituição de 1988 com a redação dada pelas Emendas nº 20 de 1998 e nº 28 de 2000: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição sócia: (...) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”; os elementos para aplicação imediata dessa norma estão presentes no texto constitucional (alguém tem dúvida que ninguém pode ser demitido sem aviso prévio de 30 dias e que não houver esse aviso deve haver uma indenização de valor igual a 30 dias de trabalho?), mas existe remissão na famosa fórmula “nos termos da lei”, o que torna a eficácia desse direito contida à edição de lei.

segurança, à disposição dos cidadãos diante da falta de norma ou ato administrativo que obste o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (PORTO, 2004). O *mandado de injunção* é instrumento processual criado para dar efetividade aos direitos programáticos e às normas de eficácia contida. De certo, abriu espaço para a institucionalização da *equidade* como paradigma de resolução de conflitos (BONAVIDES e ANDRADE, 2002).

As primeiras experiências no julgamento do *mandado de injunção* não lograram o êxito que se esperava diante da limitação inerente ao princípio da *independência e harmonia entre os Poderes*, segundo o qual um Poder não pode interferir nos assuntos internos de outro Poder. Em outras palavras, se ao Judiciário é dado o *poder político* de controlar a legalidade da *ação política* dos demais Poderes, portanto *controle formal de validade*, todavia lhe é vedado imiscuir no conteúdo ou mérito dessa *ação política* ou *controle material de validade*. Assim, quando o Judiciário acolhia um *mandado de injunção*, julgando favorável a pretensão do cidadão para que o Legislativo expedisse uma lei para dar efetividade a um direito programado na Constituição, caso o Legislativo nada fizesse nada acontecia, porque não dispõe o Judiciário de meios sancionatórios para impor ao Legislativo o que e quando produzir uma *ação política positiva*. A decisão do Judiciário não iria além de uma recomendação ao outro Poder para expedição da norma necessária.

De um lado a *omissão* do Executivo e do Legislativo no campo da *ação política positiva* que lhes cabe institucionalmente para dar efetividade ao direito esperado pela sociedade civil, veiculando uma *política*; de outro o *impedimento político* ao Judiciário para impor efetivamente aos demais Poderes o exercício dessa *ação política positiva*. A omissão do Executivo e do Legislativo somada ao impedimento do Judiciário de suprir essa omissão dos primeiros, se apresenta como *impasse político* causando um *vazio político* apto a instaurar insatisfação na sociedade civil, passível de se convolar em *deslegitimação* ou mesmo *crise de governabilidade*.

A *vocação judicante* do Judiciário, imanente à preservação da ordem mediante a composição de conflitos no âmbito da sociedade civil, prevenindo ou reparando lesões, soa mais alto. Desse modo, o Judiciário é instigado a julgar os mandados de injunção, ainda que essa decisão se estruture como *norma supridora de ação política positiva*, de sorte a preencher o *espaço político* não ocupado pelos outros Poderes.

O quadro de *omissão política* dos demais Poderes fornece as condições para o Judiciário aumentar sua *atuação política*, que deixa de ser mera *ação política negativa* para se configurar como *ação política positiva*.

O evidente conteúdo *regulador*, veiculando dispositivo que instrumenta uma *escolha política* que caberia originariamente aos outros Poderes, satisfaz a condição para que torne eficaz o direito que desse ato depende. Quando assim age, o Judiciário avança sobre o *espaço político* reservado anteriormente aos demais Poderes.

O Judiciário não é um Poder de iniciativa política. As mudanças institucionais, mesmo quando do interesse do Judiciário, no máximo não passam de sugestões ou propostas no uso do poder de iniciativa do processo legislativo para as leis referentes à respectiva estruturação. Tradicionalmente o Judiciário vem a reboque dos movimentos políticos conduzidos pela sociedade civil ou pelos outros Poderes. Excepcionalmente, nesse momento o alargamento da função judicial está sendo construído por iniciativa funcional própria do Judiciário. Pode-se dizer que é uma *construção jurisprudencial*. A história política brasileira apresenta oscilações de preponderância de um Poder sobre os demais, resultado da disputa entre o Executivo e o Legislativo. Não se conheceu no Brasil situação em que o Judiciário tenha tomado essa iniciativa. É o próprio Judiciário que está em processo de construção dos seus limites. Esse fenômeno político em que um Poder se auto-define e se auto-limita negaria o sistema de equilíbrio que deve permear as relações entre os Poderes, porque quem se auto-define ou se auto-limita não está definido nem limitado. Seria, pois, o gérmen de um *poder político ilimitado*. Essa tendência caracterizaria um movimento político de distanciamento do pensamento originário liberal de limitação dos Poderes. Cairia o mito do Judiciário *neutro* e se construiria o Judiciário *ativista*.

Uma questão adicional a ser examinada seria a de uma possível contradição entre o *dever* do Judiciário de resolver os conflitos entre os cidadãos e entre esses e o Estado e o *dever* de não invadir os limites institucionalizados do espaço político reservado aos demais Poderes. Seria um impasse entre a vedação ao Judiciário de expedir atos políticos da competência do Executivo e do Legislativo e o direito dos cidadãos em ter expedidos esses atos necessários à plena eficácia de seus direitos constitucionais. Todavia, não se dá necessariamente uma contradição presente e efetiva entre a atuação política do Judiciário e a dos demais Poderes, porque, como visto, essa atuação se dá no espaço político não ocupado. A causa da ação política positiva do Judiciário deriva da omissão política dos demais Poderes.

Cabe investigar esse processo de expansão da função judicial como resultado da recorrente intenção de garantir os direitos dos cidadãos, avançando sobre o espaço deixado pela omissão dos demais Poderes, que acaba, em última análise, se caracterizando como um tipo de violação de direito passível de ser reparada mediante ação política positiva ou judicialização.

Outrossim, caracterizada a noção da função de judicialização política, incumbe distingui-la da função política do Judiciário. Com efeito, a função política se apresenta quando o Judiciário, nos termos da Constituição e das leis, julga os conflitos, exercendo o controle e limitando a ação dos demais Poderes do Estado. Trata-se de função que se institucionalizou no processo de formação dos Estados liberais como reação ou prevenção ao absolutismo e tem legitimação na legalidade produzida no sistema representativo. Se o Judiciário age estritamente de acordo com a lei produzida pelo Legislativo, então é caso de procedimento de legitimação mediata por autorização do representante político do povo. É política essa função porque controla e limita os outros Poderes. A função típica do Judiciário corresponde a uma ação política negativa, porque nada acrescenta, nada inova. Nessa função caracteriza-se o Judiciário como um poder neutro que apenas declara o direito, mas ao fazê-lo controla e impede o arbítrio dos demais Poderes.

Diferentemente, a judicialização da política, fenômeno político contemporâneo, ocorre quando o Judiciário avança sobre o espaço político não ocupado pelos outros Poderes, formando política no âmbito do processo judicial e construindo a legitimidade por si. A função de judicialização da política se caracteriza pela construção de uma solução não prevista expressamente nas leis, suprindo o vazio deixado pelos demais Poderes. Essa função de judicialização da política ao produzir uma política que a rigor deveria ter sido produzida ou pelo Executivo ou pelo Legislativo e que não existia, corresponde a uma ação política positiva. Nessa função o Judiciário deixa de ser um poder neutro, caracterizando-se como ativo.

Outra noção que deve ser distinguida da função política e da função de judicialização da política é a politização do Judiciário. A politização do judiciário diz respeito ao comportamento externo do Judiciário, identificado pela ação cometida ou omitida ou pela intenção revelada de membros do Judiciário nessa condição de interferir na arena política. São situações que indicam a politização do quando membros do Judiciário, usando de sua posição funcional, mas em desacordo com o procedimento legal e externamente ao ambiente técnico, influenciam ou tentam influenciar, direta ou dissimuladamente, os atos do Executivo ou do

Legislativo no âmbito das respectivas atribuições reservadas. Exemplifica a politização do Judiciário a interferência no mérito da eleição de representantes políticos, da nomeação de autoridades, dos relatórios e votações de comissões parlamentares temáticas ou disciplinares. Geralmente a politização do Judiciário se dá na esfera pessoal dos membros e não se confunde com a esfera institucional do Judiciário, mesmo quando ocorra mediante atos coletivos. A politização do Judiciário é do campo jurídico em sentido estrito por se qualificar como fato ilícito, até mesmo, em tese, passível de tipificar crime de responsabilidade e conduta ímproba punível com perda de cargo segundo o direito brasileiro. Esse tema não é objeto desse estudo.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2005) 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. SANTOS, sobre o conceito da judicialização da política, qualifica o fenômeno pelo efeito político do ato jurídico e propõe variante teórica divergente: 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 se relacionar ou não 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 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.

As situações descritas pelo autor não se enquadrariam nem sob o conceito de judicialização da política nem no de politização do judiciário. O que está descrito por SANTOS (2005) – *investigação e processamento criminal de autoridades políticas, individualmente (de baixa intensidade) ou em grupos (de alta intensidade)* – corresponde à tradicional função do Judiciário de dirimir conflitos entre partes mediante aplicação da lei. As partes em conflito no exemplo discutido seriam: no pólo ativo o Ministério Público na qualidade de acusador denunciante e no pólo passivo as autoridades políticas mencionados na

qualidade de acusadas denunciadas. O conflito estaria consubstanciado na acusação de prática de crimes imputada pelo Ministério Público e na negação dos fatos criminosos pelos acusados. O fato de serem autoridades políticas de alto escalão não é elemento de isenção de responsabilidade criminal. As autoridades políticas estão no banco dos réus não pela qualidade política, nem por algum fato político. O julgamento a ser conduzido pelo Judiciário não produzirá uma política, senão tão-somente proferirá ou uma absolvição, livrando os acusados, ou uma condenação, encaminhando-os ao cumprimento da pena que couber. A consequência desse julgamento nada terá de formação de política, senão a mera aplicação de uma política de repressão ao crime já existente veiculada na lei penal.

O que poderia existir é um 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 estará fazendo do que atuar na sua função política tradicional aplicando o direito em vigor. O que pode estar causando perplexidade é a mudança de postura do Judiciário, de apatia ante as denúncias de crimes para atuação veemente, certamente pela conquista de meios e garantias que permitam a independência desse Poder em face de qualquer outra influência.

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 eventual apatia ou omissão do Judiciário em perseguir os criminosos, sejam pessoas comuns ou autoridades políticas, é passível de ser qualificada como crime de prevaricação (*deixar de cumprir o dever a que está vinculado por seu ofício público*).

De uma forma bastante singela, mas suficiente para encaminhar a discussão, formula-se hipótese para diferenciar a função política neutra da função política ativa, dita de judicialização da política, o fato da atuação neutra não inovar a ordem jurídica para o cidadão e o da função ativa inová-la. Desse modo o Judiciário ao atuar ativamente estaria assumindo característica de uma arena política similar à do Legislativo ou mesmo do Executivo. O fator de discriminação é o resultado produzido pela função política do Judiciário: quando o processo judicial não resultar na criação de um direito novo será caso do exercício neutro da função política; quando resultar um direito novo, então será caso de judicialização de política.

Atente-se que o direito para os fins desse estudo se apresenta como linguagem normativa que traduz ou carrega na sua substância uma política como ação de governo. A questão é de enfoque. Quando se trata de ação governamental por intermédio do Legislativo ou do Executivo, a ênfase é no conteúdo material caracterizado pela política, ficando em nível secundário a forma normativa ou do ato que a veicula; quando por intermédio do Judiciário dá-se o inverso, recaindo a ênfase na forma, vindo a reboque o conteúdo material. Não obstante a inversão de ênfase entre matéria e forma, a eficácia resultante é igual: a produção de uma política corresponde à criação de direito novo.

Conquista do liberalismo no embate entre a esfera privada do cidadão e o poder do Estado é 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 como Poder neutro não é 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 a normalidade constitucional. Julgar a lei inconstitucional nada mais é do que constatar uma patologia legal produto de um arbítrio do Poder Legislativo. Não há alteração da ordem jurídica.

Todavia, quando o Judiciário exerce função de judicialização de política, mediante uma ação política positiva, que resulta na formulação de uma política, essa função de certo modo tende a se qualificar como produção legislativa. Ocupando o espaço político no rastro da omissão dos demais Poderes, ainda que para evitar mal maior, o Judiciário ao produzir decisão cujo dispositivo resulta na formulação de uma nova política, o que se tem é invariavelmente um direito novo. A formulação de política pública altera a situação dos cidadãos em face do Estado, gerando direitos e obrigações. Se o Judiciário apenas aplica a lei em vigor, então a política já estava formulada por esta lei. Mas se o Judiciário cria uma política nova, no bojo da função de judicialização da política, antes não prevista em lei em face da omissão do Legislativo, então de fato o Judiciário estará formando um direito novo.

4. Formação dos quadros do Judiciário brasileiro

O Poder Judiciário brasileiro, seguindo de perto o processo político de consolidação dos Estados liberais, funda-se no primado da independência desse Poder como garantia de eficácia no cumprimento de sua missão de dizer o direito e resolver conflitos, oponível aos demais Poderes: o princípio da ubiqüidade desse Poder, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direito. A independência é garantida ao Judiciário dado que posto como poder do Estado político ao lado dos demais, tanto quanto se lhe assegura autonomia administrativa e financeira. O poder político máximo do Judiciário decorre da possibilidade de proferir decisões definitivas de mérito.

Inerente a esse processo, instaurou-se um modelo de reprodução dos quadros de juizes do Judiciário brasileiro a partir de seleção meritocrática de candidatos formados em escolas de direito. Os conteúdos curriculares e professores dessas escolas de direito provêm do campo profissional dos operadores do direito que se constrói em função do Judiciário.

Esse modelo de reprodução dos quadros do Judiciário é elemento marcante para formar e manter um sistema simbólico de relações de dominação, pretendida como independente em face da ordem institucional. BOURDIEU (*O Poder Simbólico*, 2005: 8) discorre sobre os *sistemas simbólicos* de que são exemplos a arte, a religião e a língua, como estruturas estruturantes.

Aí, como instrumentos de conhecimento e de construção do mundo dos objetos, como *formas simbólicas*. Vê um *aspecto ativo* no conhecimento. Uma forma histórica que reconstrói sistematicamente as condições sociais de produção. Assim, na medida em que a *objetividade do sentido do mundo define-se pela concordância das subjectividades estruturantes*, dá-se a aproximação entre senso e consenso.

É razoável concluir junto com BOURDIEU (*O Poder Simbólico*, 2005: 9) que os *sistemas simbólicos*, como instrumentos de conhecimento e de comunicação, se capacitam a exercer um poder estruturante porque são estruturados.

O Judiciário, no âmbito da independência que o tem validado ao longo da história, agora se apropria da competência para dizer o direito e impor a sua percepção de justiça à sociedade civil, caracterizando uma elite detentora do monopólio de declarar o conceito do justo. BOURDIEU (*O Poder Simbólico*, 2005: 209-211), em crítica ao direito, salienta que, na realidade, a instituição de um *espaço judicial* implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, embora dentro do jogo, estão excluídos. É condição de jogar o jogo se for dado operar a conversão de todo o espaço mental, o que somente ocorre na medida em que se efetiva a entrada nesse espaço social.

A constituição de uma competência propriamente jurídica, o domínio de um conhecimento ou um saber científico, que tende a se opor ao senso comum, tem como consequência a deslegitimação proposta de equidade dos não iniciados. É o conhecimento científico validando a si pelo reconhecimento e desvalidando os não-especialistas. O vulgar não tem espaço, a não ser na condição daquele que se torna *justificável*, aí com o propósito ou a finalidade do conhecimento técnico. Como diz BOURDIEU (*O Poder Simbólico*, 2005: 214; 225), a visão científica do perito, juiz, advogado, conselheiro jurídico, nada tem de acidental; essa relação constitui uma relação de poder, que fundamenta duas visões do mundo.

O desenvolvimento do tema compreende a articulação da noção de campo em BOURDIEU (*O Poder Simbólico*, 2005), construída a partir da idéia de campo intelectual como construção de uma estrutura de relações objetivas. Desenvolve a teoria geral da economia dos campos que lhe permite descrever e definir a forma específica de que se revestem, em cada campo, os mecanismos e os conceitos mais gerais, tais como capital investimento e ganho. Adverte que compreender a gênese social de um campo e apreender aquilo que faz a necessidade específica da crença que o sustenta, com ênfase no jogo de linguagem que nele se joga, é subtrair ao absurdo do arbitrário e do não-motivado os atos dos produtores e as obras por eles produzidas.

Passa também pela noção de poder simbólico, como poder de construir o dado pela enunciação. O poder simbólico impõe o que deve ser visto e o que deve ser acreditado, que não é necessariamente o que é. O mundo então é o que é visto e não o que é; porque o que impressiona à visão e assim se capacita a ser conhecido e reconhecido é mais o enunciado do que o dado. BOURDIEU (*O Poder Simbólico*, 2005: 226) diz poder quase mágico que faz às vezes da força física ou econômica. Aí é o efeito da mobilização que somente se dá na medida em que é reconhecido ou, de outra forma, não percebido como arbitrário.

Por isso o poder simbólico somente se manifesta no pressuposto de ser conhecido e reconhecido como tal, inerente à relação. A estrutura do campo jurídico produz a crença na validade do conhecimento; o reconhecimento reproduz essa crença. BOURDIEU se aproxima bastante de WEBER quanto resalta que o poder das palavras não está nas palavras, mas na crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia. Como dito, lembra a construção da noção de legitimidade como a probabilidade de que o exercício do poder terá eficácia em face do sujeito sobre o qual deve ser exercido o poder, na medida em que no sujeito destinatário da ação política se verifique um consenso pela aceitação do poder. Também o poder simbólico, que somente é poder porque o sujeito o reconhece como válido e assim o legitima. Não há necessidade de força física nem econômica.

O processo histórico de reprodução social em BOURDIEU (*O Poder Simbólico*, 2005: 59) trabalha a noção de *habitus* como um conhecimento adquirido e, por isso, como um capital. É uma disposição incorporada, o lado ativo do conhecimento prático. Presta-se esta para referir o funcionamento sistemático do corpo socializado. O processo supõe transferências metódicas de modelos a partir da existência de homologias estruturais e funcionais entre os campos. Por isso, mais do que uma articulação retórica de convencimento, o que se apresenta é uma correspondência identitária ao velho estílo da analogia. Desse, a reprodução social dos quadros do Poder Judiciário brasileiro se dá pela incorporação do conhecimento, que é conhecido e reconhecido como tal. É um processo de reprodução, mas também o é de produção pela construção dos quadros do Judiciário.

A hipótese é de que o ensino do direito no Brasil constrói sociologicamente os quadros do Judiciário brasileiro. Essa construção de quadros se dá a partir de conteúdos, que correspondem ao conhecimento, e de professores provenientes do campo jurídico, que atuam em função do próprio Judiciário, assim legitimando o conhecimento pela crença. O modelo reproduz o sistema simbólico suporte de uma percepção homogênea da justiça, que, se não é produto da independência institucional do Judiciário, certamente é conhecido e reconhecido pelos detentores do monopólio de declarar o justo e pelos que se submetem a esse poder simbólico como o exercício de uma independência atual. Assim, corolário do pensamento de BOURDIEU (*O Poder Simbólico*, 2005), essa ilusão de uma independência do Judiciário brasileiro negaria um dos fundamentos mais relevantes do Estado liberal.

No processo político de consolidação do Estado liberal moderno, a noção de liberdade vai ser apropriada pelo Judiciário, como valor por ele declarado e como valor que legitima o

próprio Judiciário, como razão de ser. O campo jurídico produz esse conhecimento, que é dado a conhecer e ser reconhecido, daí se reproduzindo. O primado da liberdade se torna hegemônico, se naturaliza e ninguém ousa dele se afastar, proclamando-o como princípio conhecido e reconhecido mesmo onde não exista liberdade.

O modelo francês seguiu literalmente o primado da separação dos poderes como instrumento de resistência ao absolutismo ao vedar ao Judiciário imiscuir-se na ação dos Poderes Executivo e Legislativo. O modelo americano ao atribuir ao Judiciário o dever de controlar a constitucionalidade e legalidade dos atos dos demais Poderes também é instrumento de resistência ao absolutismo na medida em que põe limite efetivo ao exercício do poder: ninguém pode agir acima ou fora da Constituição e das leis, nem as autoridades. São caminhos diferentes com destino ao mesmo objetivo. Se momentos antes o Estado consolidara-se na apropriação do monopólio da violência física, agora o Judiciário consolida a apropriação do monopólio de declarar o justo e o injusto, transcendendo à violência física, porque mais eficaz é a violência simbólica pelo enunciado do conhecimento.

Os cargos políticos do Executivo (Presidente na União, Governadores nos Estados e Distrito Federal e Prefeitos nos municípios) e do Legislativo (Senadores e Deputados federais na União, Deputados nas Assembléias estaduais e do Distrito Federal e Vereadores nas Câmaras municipais) são providos mediante sufrágio direto para mandatos temporários. Todos esses cargos políticos têm em comum o fato de estar sob o controle de legalidade pelo Judiciário. Qualquer cidadão pode reclamar ao Judiciário a existência de alguma irregularidade no processo de provimento desses cargos políticos. Diante de alguma ilegalidade o Judiciário pode aplicar sanções, inclusive impedir a consumação do provimento do cargo político ou, se já tendo tomado posse, torna-la sem efeito ou decretar a perda do mandato.

No Judiciário os cargos de poder político são os de juiz, não importando a denominação que se dê. A magistratura é organizada em carreiras e o cargo inicial é de juiz de primeiro grau. Compõem o primeiro grau da judicatura estadual e do Distrito Federal os juízes de direito e os juízes auditores militares; na justiça federal os juízes federais. Existem ainda, como justiça especializada da estrutura do Judiciário da União de primeiro grau, os juízes do trabalho e os juizes eleitorais, esses constituindo encargos desempenhados pelos juizes de direito e pelos juizes federais em cooperação.

Logo acima na escala da carreira da magistratura estão os cargos de juiz de segundo grau, compondo órgãos colegiados de deliberação coletiva. Nos Estados e no Distrito Federal integram os Tribunais de Justiça com a denominação de desembargadores e os Tribunais de Justiça Militar com a denominação de juízes. Na União integram os Tribunais Regionais Federais com a denominação de desembargadores federais. Ainda na estrutura judiciária da União integram a justiça especializada dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais com a denominação de juiz. Existem ainda o Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, cujos membros são juizes com a denominação de ministros.

O ingresso nos cargos iniciais da magistratura, que são os de juiz de primeiro grau, se dá mediante prévia aprovação em concurso de provas e títulos. Podem concorrer os bacharéis em direito que tenham no mínimo três anos de atividade jurídica. As provas são preparadas e aplicadas pelos respectivos Tribunais, órgãos de segundo grau. As reclamações dos candidatos em relação ao processo seletivo são dirigidas aos próprios Tribunais que, assim, julgam os próprios atos. Os cargos de juiz são vitalícios decorridos dois anos de exercício ininterrupto da magistratura. Mas o processo de vitaliciamento, através do qual o juiz adquire a garantia da vitaliciedade, depende da participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados. Esse conjunto de prerrogativas constitui instrumental de eficácia da independência do Judiciário, princípio produzido historicamente no campo jurídico, conhecido e reconhecido, por isso legitimado até como um fato natural. Os constitucionalistas dizem que essa garantia é cláusula pétrea, porque não pode ser retirada do corpo da Constituição nem por Emenda. É daqueles princípios dados que já não se exige mais qualquer demonstração. Como diz BOURDIEU (*O Poder Simbólico*, 2005), o campo jurídico para esse tipo de princípio usa linguagem impessoal.

Desse modo se apresentam as seguintes diferenças fundamentais entre os processos de provimento de cargos políticos do Judiciário e os demais Poderes: os cargos de juiz são providos mediante concurso de provas e títulos, ao passo que os cargos de poder político do Executivo e do Legislativo são providos mediante sufrágio universal; o processo de provimento de cargos de juiz não se submete ao controle de outros poderes, ao passo que o provimento de cargos dos demais Poderes pode ser julgado pelo Judiciário; e os cargos de juiz

são vitalícios, comparado à temporariedade por prazo certo dos cargos do Executivo e do Legislativo.

O acesso aos cargos dos Tribunais de segundo grau é preenchido mediante promoção pelos magistrados de primeiro grau por decisão do próprio Tribunal. Três quintos das vagas nos Tribunais é reservada aos juízes de primeiro grau, ou seja, àqueles que ingressaram nos cargos iniciais da magistratura mediante concurso público, isso porque, a contrario sensu, do total do Tribunal, um quinto das vagas é reservado aos membros do Ministério Público e um quinto aos advogados, com o mínimo de dez anos de atividade jurídica. 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 listas sêxtuplas que são encaminhadas ao Tribunal; os membros do Tribunal reduzem essas listas sêxtuplas para listas tríplexes, 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 um 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 do Ministério Público e dos advogados, terão as mesmas garantias da magistratura: vitaliciedade (sujeitos unicamente à aposentadoria compulsória pelo limite de idade ou em caso de cometimento de ilícito por decisão do Tribunal; e voluntária pelo tempo de serviço); inamovibilidade (impede que sejam transferidos de cidade, salvo vontade própria ou por decisão em quorum especial dos membros do Tribunal); 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 autocontrole do processo de eleição de critérios, correção de questões e julgamento das reclamações nessas provas seletivas pelo próprio Tribunal, opera tipo institucional de insulamento de construção da identidade da magistratura. O sistema condiciona a formação de referência comum de conhecimento teórico e empírico do direito. Somente será aprovado para o cargo de juiz o candidato que responder o que o Tribunal entende como conhecimento legítimo do direito. BOURDIEU (*Meditações*, 2001:169) salienta que uma das funções principais da noção de *habitus* consiste em descartar dois erros complementares cujo princípio é a visão escolástica: de um lado, o mecanicismo segundo o qual a ação constitui o efeito mecânico da coerção de causas externas; de outro, o finalismo segundo o qual, sobretudo por

conta da teoria da ação racional, o agente atua de maneira livre, consciente e, como dizem alguns utilitaristas, *with full understanding*, sendo a ação o produto de um cálculo das chances e dos ganhos. Ora, os agentes sociais, no caso os candidatos a compor os quadros do Judiciário, são dotados de *habitus*, inscritos nos corpos pelas experiências passadas. Esses sistemas de percepção, apreciação e ação permitem operar atos de conhecimento prático, fundados no mapeamento e no reconhecimento de estímulos condicionais e convencionais a que os agentes estão dispostos a reagir.

De outro lado, o sistema de provimento dos cargos dos membros dos Tribunais, mediante formação de listas, revela intensa subjetividade na apreciação de perfil do candidato. O critério já não será a aferição de conhecimento mediante provas e títulos. O candidato para ser incluído na lista tríplice do Tribunal, seja proveniente dos cargos iniciais da magistratura de primeiro grau no caso de promoção por merecimento, seja dos quintos do Ministério Público ou da Ordem dos Advogados, não há como negar terá atributos pessoais com elevado grau de identidade ante a expectativa da maioria dos membros do Tribunal.

O sistema de promoção por merecimento e de preenchimento de vagas dos quintos do Ministério Público e da Ordem dos Advogados, produz formação de percepção comum de valores. Essa moldagem sociológica não se faz durante um curso de graduação em direito, provavelmente nem durante aqueles dez anos de atividade jurídica exigido para ser incluído na lista de candidatos. Com efeito, essa moldagem transcende ao limite da vontade individual do candidato, porque o sujeito nunca é senhor total de suas práticas.

A composição dos Tribunais, desse modo, apenas para ilustrar, terá a seguinte constituição: 30% dos seus membros, providos por antiguidade dentre os juízes de primeiro grau, que conhecem e reconhecem o conhecimento teórico e empírico eleito pelo Tribunal como pressuposto de ingresso; 30% providos por merecimento dentre os juizes de primeiro grau, que além da teoria e empiria comum tanto quanto os provenientes do critério de antiguidade, também conhecem e reconhecem a percepção comum de valores; 40% providos pelos quintos provenientes do Ministério Público e da Ordem dos Advogados, que em face do Tribunal conhecem e reconhecem a percepção comum de valores, trazendo consigo, não obstante, a formação das escolas de direito e os pressupostos de ingresso nas respectivas categorias. Mais do que isso, traz consigo a construção social da identidade de conhecimento e reconhecimento anterior ao momento de ingresso nas escolas de direito.

O Ministério Público por seu turno, como instituição permanente, essencial ao Judiciário, provê os respectivos cargos iniciais mediante concurso público de provas e títulos, dentre candidatos bacharéis em direito com o mínimo de três anos de atividade jurídica. A Ordem dos Advogados, além de prover a lista tríplice de advogados com mais de dez anos de atividade jurídica, também participa dos concursos para provimento de cargos iniciais da magistratura e do Ministério Público. Advogados, juízes e membros do Ministério Público têm em comum a formação acadêmica nos cursos de direito, a partir de iguais conteúdos programáticos e iguais professores. Mas a passagem pelas escolas de direito não tem a finalidade de per se construir o sujeito, porque o tempo não seria suficiente: se uma vida basta para fazer uma pessoa natural, mais do que uma vida é necessária para construir a identidade social. Já no momento de admissão nas escolas de direito se manifesta o reconhecimento do enunciado. O período de escola de direito será mais uma confirmação do sujeito construído e uma reprodução do sistema simbólico.

A forma e o conteúdo dos programas curriculares dos cursos de direito no Brasil ainda correspondem basicamente às diretrizes fixadas na Lei de 11 de agosto de 1827 do Império, que criou as faculdades de direito de Olinda e São Paulo. Os conteúdos programáticos ainda são classificados pela velha enciclopédia que segue a forma do direito romano: direito público (constitucional, penal, processual, administrativo, financeiro, tributário) e direito privado (civil, comercial, trabalho).

Os mesmos estatutos elaborados pelo VISCONDE DA CACHOEIRA, por ocasião do decreto que tencionara criar o curso jurídico do Rio de Janeiro, regulariam os cursos de Olinda e São Paulo. O Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Academia de São Paulo, que começou a funcionar em 1º de março de 1828 e o Curso de Ciências Jurídicas e Sociais de Olinda, inaugurado em 15 de maio de 1828, representaram marcos referenciais da nossa história, cujo propósito era a formação da elite administrativa brasileira.

São professores tradicionais nos cursos de direito os advogados, juízes e membros do ministério público. Dentre os onze ministros do Supremo Tribunal Federal nove são professores; dos trinta e três ministros do Superior Tribunal de Justiça vinte e quatro são professores. Ou seja, mais de dois terços dos membros dos dois tribunais mais importantes do Judiciário brasileiro são professores de direito.

Os alunos de bacharelado em direito manifestam preferência pelas disciplinas ministradas pelos operadores do direito em detrimento dos professores com dedicação exclusiva. É possível supor o interesse dos alunos em se aproximarem do círculo profissional, que é, em *ultima ratio*, a meta preferencial dos graduandos em direito, seja pela empregabilidade e razoável remuneração, seja pela distinção social que o bacharelado em direito adquiriu após a restauração das liberdades com o fim do período autoritário de 1964. Essa preferência notória integra o rito de admissão no campo jurídico. É o modo de ingresso no campo mais eficaz e rápido.

Advogados, juízes e membros do Ministério Público giram profissionalmente em razão do Judiciário. A distinção do Judiciário dá a distinção dessas profissões e vice-versa. Distinção aí como capital social. Um círculo que se retro-alimenta. Nesse processo são construídas a referência comum de conhecimento teórico e empírico do direito e a percepção comum de valores. Nele se constroem os candidatos aos quadros do Judiciário. São razões bastante veementes para se supor a existência de uma hegemonia de referência teórica e empírica do direito, que é conhecida e reconhecida, por isso legitimada, tanto pelos que fazem parte desse campo jurídico quanto pelos outros que não fazendo parte pretendem ser nele admitidos.

Esses são fortes ingredientes para formação de uma estrutura funcional dotada de elevada capacitação técnica e distinta erudição, podendo ser vista como uma elite funcional hegemônica, tendente a se ver mais preparada do que os outros órgãos para conhecer e resolver os problemas do Estado. Cumpre destacar que um dos pontos de distinção na qualidade funcional do Judiciário brasileiro é o elevado nível intelectual.

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 de primeiro grau) por defeitos de procedimento, que impedem os juízes de julgar o mérito da questão. É comum noticiarem os jornais que um Tribunal não julgou um habeas corpus porque continha erro de formalidade. Portanto, no processo judicial a relevância do procedimento vai ao ponto de impedir a discussão da justiça do mérito. As regras processuais operam efeito delimitador sobre o que pode ser julgado. São as regras de admissibilidade do processo.

Sem dúvida, o elevado grau de exigência de conhecimento acadêmico para aprovação nos concursos de provimento de cargos iniciais de juiz (seleção meritocrática) tem peso relevante na construção da identidade de distinção do Judiciário. Some-se a isso o sistema de auto-reprodução dos quadros do Judiciário inerente à possibilidade de eleição de critérios segundo a própria convicção para correção de questões e julgamento das reclamações nessas provas. Os quadros são reproduzidos nas escolas de direito em conformidade com conteúdos curriculares oficiais ministrados por professores do campo jurídico.

Os quadros do Judiciário têm igual percepção política da sociedade e do Estado e interesse comum de campo profissional, operando efeito de formação de hegemonia de referência teórica do direito. Por aí o campo jurídico se apropria do monopólio da competência científica para declarar o justo. A técnica do processo é o instrumento de exercício por excelência desse monopólio.

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 grande parte 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 vem o culto exacerbado 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.

Esse modelo de estrutura funcional foi concebido 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 *common 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.

Assim como a construção do Estado se faz acompanhar pela construção de uma espécie de transcendental histórico comum que se torna imanente a todos os seus sujeitos, ao cabo de um longo processo de incorporação, também o Judiciário, que não fossem os seus quadros não passaria de uma idéia, se reproduz como resultado da ação de estruturas estruturantes; e, por seu lado, como estrutura estruturante também estrutura outros corpos. O Judiciário enquadra o conhecimento teórico e empírico, impondo esse conhecimento ser conhecido pelos quadros que almejam serem admitidos no campo jurídico. O Judiciário produz formas simbólicas que são as respostas que devem ser dadas pelos candidatos ao ingresso ou à promoção e que ao fazerem dão o seu reconhecimento que é o modo pelo qual se legitima esse sistema simbólico.

Os quadros do Judiciário são os seus quadros porque foram admitidos no campo jurídico, pelo conhecimento e reconhecimento de teoria e empiria comum e percepção comum de valores, que correspondem, como diz BORDIEU (*Meditações*, 2001: 169), a esquemas práticos de percepção, apreciação e ação. São formas jurídicas de classificação, criando as condições de uma orquestração imediata dos *habitus* que constitui, por sua vez, o fundamento de um consenso sobre esse conjunto de evidências partilhadas, capazes de conformar o senso comum.

SADEK (*Magistrados, Uma Imagem em Movimento*, 2006) coordenou uma pesquisa a pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB para saber *quem são os magistrados brasileiros*, compreendendo mais de 3 mil questionários submetidos a juízes da ativa e aposentados. “Indagado aos entrevistados se as decisões judiciais deveriam orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para suas conseqüências econômicas, ter compromissos com as conseqüências sociais”, **86,5%** respondeu pela preponderância dos parâmetros legais, mas **36,5%** responderam que também deveriam levar em consideração as questões econômicas e **78,5%** o compromisso com as questões sociais (SADEK, 2006: 34-106).

As respostas são interpretadas por SADEK (2006: 34-35) como reflexo do que se introjetou no *legal thinking* nacional, de que o pensamento do juiz é produto direto – inerente ao pensamento de todos os integrantes do campo jurídico (advogados, promotores, policiais, professores universitários e também juízes). Em nota de rodapé SADEK (2006:34) registra que:

É o conhecido fenômeno da reprodução, tão ressaltado como produto da chamada violência simbólica da formação universitária, constatação, aliás, irrecusável, a que não foge o profissional juiz, oriundo dos mesmos bancos acadêmicos, leitor dos mesmos livros e pertencente, por toda a vida – o que é extremamente relevante – ao mesmo grupo ideológico, de que não quer se ver excluído, de maneira que nele se insere e, ao mesmo tempo que controla, é controlado – ou ‘patrulhado’, se se permitir o termo.

A predominância da legalidade reflete a formação histórica do profissional judiciário, inspirado em MONTESQUIEU e em MADISON-HAMILTON-JAY. Mas a pesquisa coordenada por SADEK (2006) demonstrou pequena alteração da vinculação à supremacia da lei, incluindo preocupação social, que teria a ver com a recente alteração dos conteúdos universitários pela introdução das disciplinas sociologia do direito e metodologia do ensino jurídico, bem assim a modernização dos conteúdos de teoria geral do direito, doutrina do Estado e filosofia do direito (SADEK, 2006: 106-107).

Desse modo, parece razoável sob as referências de BOURDIEU (*Meditações*), concluir pela confirmação da hipótese é de que o ensino do direito no Brasil constrói sociologicamente os quadros do Judiciário brasileiro a partir de uma estrutura estruturante de situações sociais.

A construção de quadros tem como paradigmas – diria melhor BOURDIEU analogias – os conteúdos produzidos e reproduzidos em homologia ao conhecimento teórico e empírico, que é reconhecido muito menos pela força desse conhecimento, do que pelo reconhecimento dos professores, cuja legitimidade é conferida pelo campo jurídico. Essa crença acaba por reproduzir o sistema simbólico, produzindo aí sim a percepção homogênea da justiça. Não obstante, essa percepção que se produz no campo jurídico, resultante da apropriação do monopólio de dizer o justo, transcende à autonomia política do Judiciário, porque não cabe falar de alguma autonomia ao não-sujeito: o Judiciário não é sujeito de nada, é estrutura que estrutura e produz condições sociais.

Esse modelo de reprodução do Judiciário, no qual os próprios agentes integrantes do campo jurídico constroem a legitimidade simbólica do monopólio de dizer o direito, agrava o risco do fenômeno da judicialização produzir uma concentração de poder absolutamente sem controle e sem limite, a não ser o controle e o limite de dentro do próprio campo.

5. Uma década de mandados de injunção no Supremo Tribunal Federal

Com a finalidade de arrolar indicadores de tendência de judicialização da política no procedimento de mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal foram examinadas todas as informações processuais dessa espécie protocolizados no período de 05/10/1988, data em que foi promulgada a Constituição que introduziu esse instituto legal no Brasil, até 05/10/1998, quando se completaram 10 anos de vigência da nova ordem constitucional.

Não obstante simbólico os 10 anos de vigência da Constituição de 1988, esse período foi escolhido para ser estudado porque já submetida a nova ordem ao plebiscito de 7 de setembro de 1993 para ser confirmada a forma (república ou monarquia) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo), bem assim a revisão constitucional após cinco anos de vigência da Constituição, nos termos respectivamente dos artigos 2º e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 5 de outubro de 1988. Com 10 anos de vigência e submetida a Constituição ao plebiscito e à reforma, pode-se dizer que a nova ordem se estabilizou, tornando esse período uma amostra razoável para estudo das instituições políticas.

De outro lado, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal na década de 1988 a 1998 mostrou-se de certo modo estável, o que permite perceber pouca oscilação na orientação das decisões em razão de homogeneidade de valores políticos.

No site www.stf.gov.br pode ser conferida a composição plenária do Supremo Tribunal Federal a partir das datas de nomeação e de aposentadoria dos Ministros, a saber: Ministro José Carlos Moreira Alves de 1975 até 2003; Ministro José Néri da Silveira de 1981 até 2002; Ministro Oscar Dias Corrêa de 1982 até 1989; Ministro Aldir Guimarães Passarinho de 1982 até 1991; Ministro José Francisco Rezek de 1983 até 1990 e de 1992 até 1997; Ministro Sydney Sanches de 1984 até 2003; Ministro Luiz Octavio Pires e Albuquerque Gallotti de 1984 até 2000; Ministro Carlos Alberto Madeira de 1985 até 1990; Ministro Célio de Oliveira Borja de 1986 até 1992; Ministro Paulo Brossard de Souza Pinto de 1989 até

1994; Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence de 1989 até 2007; Ministro José Celso de Mello Filho de 1989, ainda na Corte; Ministro Carlos Mário da Silva Velloso de 1990 até 2006; Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello 1990, ainda na Corte; Ministro Ilmar Nascimento Galvão de 1991 até 2003; Ministro Maurício José Corrêa de 1994 até 2004; Ministro Nelson Azevedo Jobim de 1997 até 2006.

Foram baixados dos arquivos do Supremo Tribunal Federal, disponíveis na página eletrônica de acompanhamento de processos judiciais, os dados referentes a **591** mandados de injunção, numerados de *MI/I* até *MI/591*, correspondentes a **904** páginas de documentos eletrônicos.

O procedimento de busca foi individualizado: um comando para cada processo de mandado de injunção. Os dados foram criticados por unidade de ocorrência de procedimento em mandado de injunção no período de 05/10/1988 a 05/10/1998, ano a ano.

A classificação dos mandados de injunção foi realizada conforme as ocorrências encontradas nos registros do Supremo Tribunal Federal, agrupando-as de acordo com os seguintes critérios:

- a) *Geral*, para todas as ocorrências de mandados de injunção;
- b) *Coletivos* para as ocorrências decorrentes de iniciativa de associações, sindicatos ou partidos políticos;
- c) *Individuais*, as ocorrências promovidas por pessoas naturais ou empresas, sendo evidente o interesse particular;
- d) *Julgados*, compreendendo as ocorrências em procedimentos de mandados de injunção indicando terem sido examinados pelo Supremo Tribunal Federal, proferindo decisão monocrática (pelo Ministro relator) ou decisão de Plenário (todos os Ministros), com ou sem mérito, incluindo, desse modo, as decisões que extinguiram processos por simples defeito de técnica processual³³;

³³ Os Tribunais, órgãos colegiados, deliberam por seus plenários, constituídos por turmas, câmaras, seções ou outras denominações, de acordo com os respectivos regimentos internos. O procedimento de deliberação inicia com a distribuição aleatória do processo ou caso para um dos membros do Tribunal, que tem a incumbência de relatar e por em discussão o assunto. Depois dos debates segue-se a deliberação colegiada, sendo o primeiro a

e) *Deferidos*, as ocorrências de julgamento dos mandados de injunção, com decisões concedendo o pedido no mérito, no todo ou em parte, isto é, reconhecendo a mora legislativa.

A adoção da classificação de mandados de injunção em *Geral, Coletivos, Individuais, Julgados e Deferidos* permite de certo modo aferir os seguintes indicativos:

- pela variável *quantidade de pedidos gerais*, a intensidade da pressão que a sociedade está exercendo sobre o Supremo Tribunal Federal para que exerça o papel de supridor da mora legislativa;
- pelas variáveis *quantidade de pedidos coletivos* e *quantidade de pedidos individuais*, a origem dessa pressão, se de setores organizados da sociedade civil, aí indicando algum tipo de mobilização sociopolítica, ou se de iniciativa da esfera de interesse privado dos cidadãos, seja como pessoa natural, seja organizado em empresas;
- pelas variáveis *quantidade total das decisões* e *quantidade de decisões concessivas de mandados de injunção*, para aferição do volume de respostas que o Supremo Tribunal Federal dá à pressão exercida pela sociedade civil para suprimento da mora legislativa

O deferimento do pedido produz o suprimento da omissão política, apontando para a maior ou menor expansão do Judiciário.

As informações foram tabuladas em planilha *Excel Microsoft* por ano, de *outubro* até *setembro*, considerado o período de 10 anos, a partir do início da vigência da Constituição de 05/10/1988.

votar precisamente o membro designado relator. Em determinados casos, cuja natureza menos complexa assim o permita ou o recomende, até mesmo em prol da celeridade para resolver a questão, os regimentos internos atribuem ao juiz, Desembargador ou Ministro relator a competência para decidir dispensando que submeta aos demais membros do Tribunal. Essas são as hipóteses que se denominam *deliberação monocrática*, em oposição à *deliberação plenária ou colegiada*.

Planilha dados gerais - mandados de injunção STF 88/98

| Mandados de injunção no STF | | | | | | | | | | | |
|---|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Período de outubro/1988 até setembro/1998 | | | | | | | | | | | |
| Registros de MI/1 até MI/591 = 591 processos | | | | | | | | | | | |
| 904 documentos | | | | | | | | | | | |
| Período | 88/89 | 89/90 | 90/91 | 91/92 | 92/93 | 93/94 | 94/95 | 95/96 | 96/97 | 97/98 | Total |
| Geral | 149 | 112 | 79 | 43 | 41 | 29 | 35 | 43 | 16 | 30 | 577 |
| Coletivos | 16 | 26 | 11 | 6 | 5 | 5 | 4 | 2 | 1 | 4 | 80 |
| Individuais | 133 | 86 | 68 | 37 | 36 | 24 | 31 | 41 | 15 | 26 | 497 |
| Julgados | 45 | 119 | 80 | 47 | 38 | 61 | 30 | 36 | 43 | 17 | 516 |
| Deferidos | 0 | 1 | 3 | 1 | 3 | 20 | 12 | 17 | 6 | 0 | 63 |
| Geral = todos os mandados de injunção requeridos no STF | | | | | | | | | | | |
| Coletivos = mandados de injunção requeridos por associações, sindicatos, partidos | | | | | | | | | | | |
| Individuais = mandados de injunção requeridos por pessoas naturais, empresas | | | | | | | | | | | |
| Julgados = mandados de injunção examinados pelo STF com ou sem mérito | | | | | | | | | | | |
| Deferidos = mandados de injunção concedidos no mérito | | | | | | | | | | | |

Fonte: dados extraídos da página <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>, 2008.
 Pesquisa pelo quadro de acompanhamento processual por unidade de registro.
 Planilha Excel Microsoft organizada pelo autor em março de 2008.

A crítica dos dados tabulados aponta para uma ocorrência de quantidade de pedidos apresentados ao Supremo Tribunal Federal – **577** – inferior a quantidade de mandados de injunção localizados por registro no período de 1988 até 1998 – **591**.

A diferença – **14** – corresponde a números de registro de mandados de injunção encontrados na página eletrônica de acompanhamento de movimentação processual do Supremo Tribunal Federal, todavia com a informação de que não foram localizados dados para esses registros.

As estatísticas oficiais de julgamentos do Supremo Tribunal Federal registram dados a partir de 1990 e classificam as quantidades de processos *protocolados, distribuídos e*

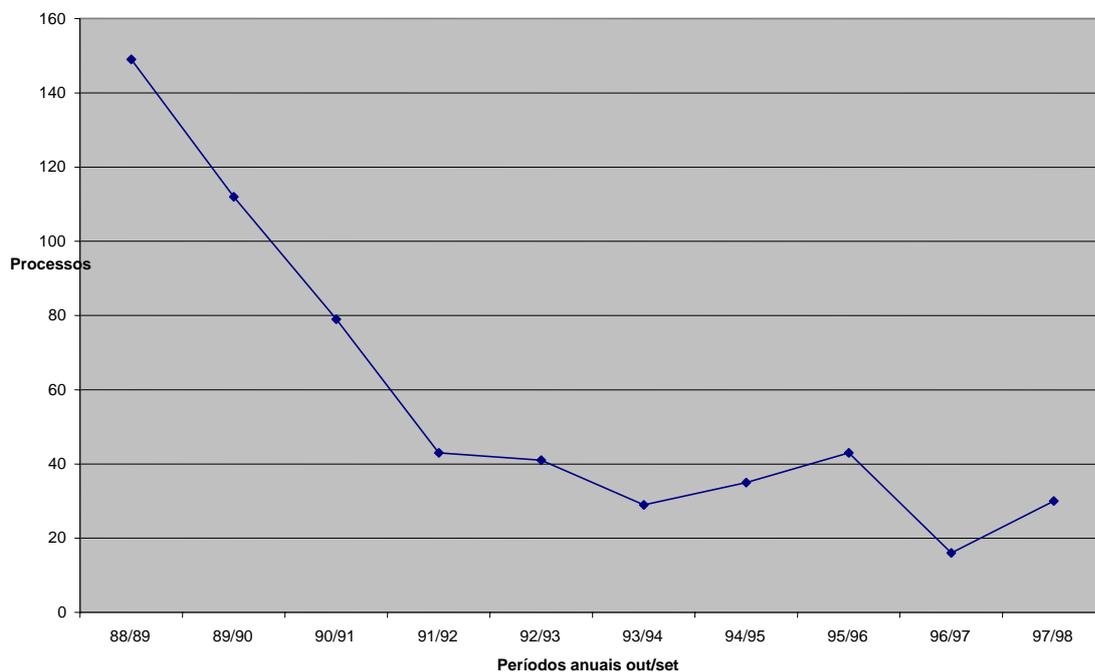
julgados, mas não contém dados sobre a *procedência* ou *improcedência* dos pedidos (<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>, 2008).

Esse déficit de informações foi suprido pela pesquisa individual de mandados de injunção pelo sistema acompanhamento processual do Supremo Tribunal Federal.

Observa-se uma concentração de pedidos de mandados de injunção nos três primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 protocolados no Supremo Tribunal Federal – 149 em 88/89, 112 em 89/90 e 79 em 90/91 –, quando comparada às quantidades menores e mais estáveis dos períodos subseqüentes – 43 em 91/92, 41 em 92/93, 29 em 93/94, 35 em 94/95, 43 em 95/96, 16 em 96/97 e 30 em 97/98.

Vide o Gráfico I que se segue:

Gráfico I) Fluxo geral - mandados de injunção STF 88/98

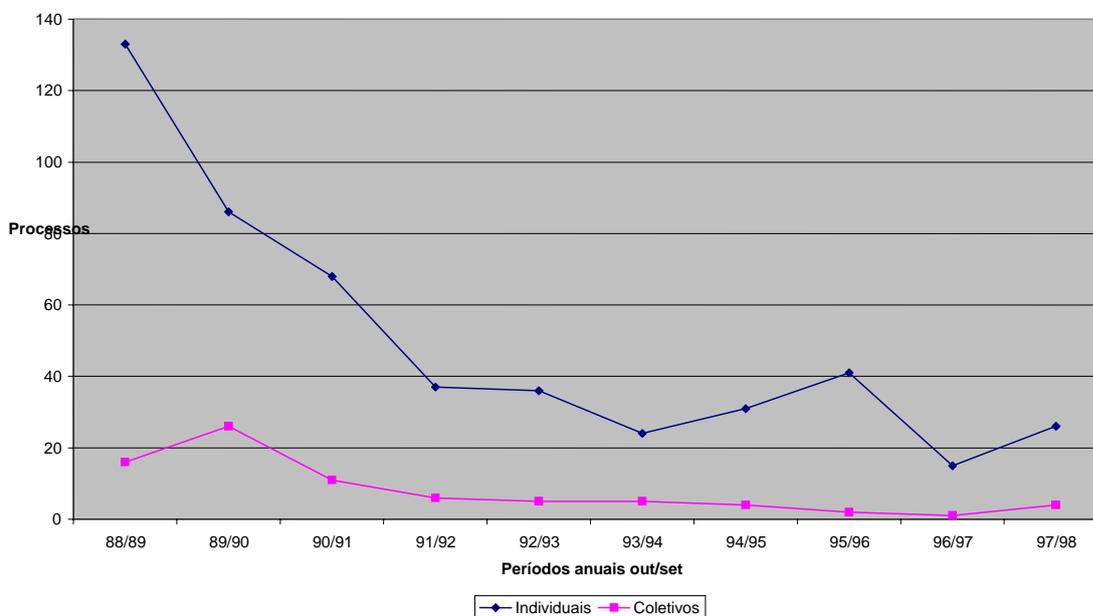


Fonte: dados extraídos da página <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>, 2008.
Pesquisa pelo quadro de acompanhamento processual por unidade de registro.
Gráfico a partir de Planilha Excel Microsoft organizado pelo autor em março de 2008.

Essa concentração de alguma forma tende a indicar certo entusiasmo com a novidade do mandado de injunção introduzida na Constituição de 1988. É razoável incluir como uma das causas para essa concentração inicial de demanda de mandados de injunção no Supremo Tribunal Federal a forte expectativa na efetivação da ordem democrática, que foi objeto de tantos discursos e promessas por ocasião da Constituinte de 1987. Sem dúvida, esse é um dos resultados da intensa legitimidade do debate político, que ansiava pela efetivação dos amplos direitos programados na Constituição de 1988.

Fica evidente a pressão que a sociedade civil exerce sobre o Supremo Tribunal Federal cobrando uma providência judicial para preencher a lacuna normativa pela omissão do Poder Legislativo. Todavia, analisando o fluxo de mandados de injunção quanto à iniciativa pode ser constatado a quantidade superior das iniciativas individuais em relação às iniciativas coletivas, conforme o Gráfico II.

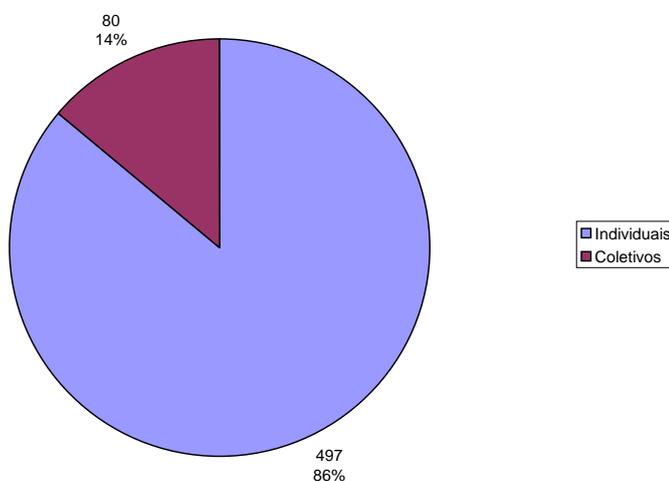
Gráfico II) Fluxo iniciativa - mandados de injunção STF 88/98



Fonte: dados extraídos da página <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>, 2008. Pesquisa pelo quadro de acompanhamento processual por unidade de registro. Gráfico a partir de Planilha Excel Microsoft organizado pelo autor em março de 2008.

Existe uma enorme distância entre a quantidade de iniciativas individuais e de iniciativas coletivas no requerimento de mandados de injunção no Supremo Tribunal Federal. Nos 10 anos que se seguiram à Constituição de 1988 do total de mandados de injunção pedidos no Supremo Tribunal Federal, 86% correspondem a processos iniciados por pessoas naturais e por empresas, para 14% correspondentes a processos iniciados por associações, sindicatos e partidos políticos, conforme se vê do Gráfico III.

Gráfico III) Proporção iniciativa - mandados de injunção STF 88/98



Fonte: dados extraídos da página <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>, 2008. Pesquisa pelo quadro de acompanhamento processual por unidade de registro. Gráfico a partir de Planilha Excel Microsoft organizado pelo autor em março de 2008.

A diferença significativa da quantidade de mandados de injunção classificados por iniciativa individual e coletiva é variável relevante a ser considerada precisamente pela finalidade constitucional do processo de mandado de injunção. Trata-se de um poderoso instrumento posto a serviço da sociedade civil para exercer pressão política contra os Poderes omissos em face do dever de dar efetividade aos direitos cuja matriz se encontra no rol de princípios e valores da Constituição.

A prevalência da iniciativa individual em face da iniciativa coletiva, não obstante o caráter político desse processo judicial, cujo objetivo essencial é o suprimento da mora

legislativa, indica que a questão estaria sendo encaminhada muito mais a partir da esfera privada de interesses.

Não se pode negar que a mora legislativa decorre da vontade da maioria dos representantes políticos e nesses termos essa omissão seria em si uma ação política. É o fruto da vontade da maioria. As associações, os sindicatos e os partidos políticos teriam maior participação mediante pressão sobre a formação dessa maioria dos representantes políticos.

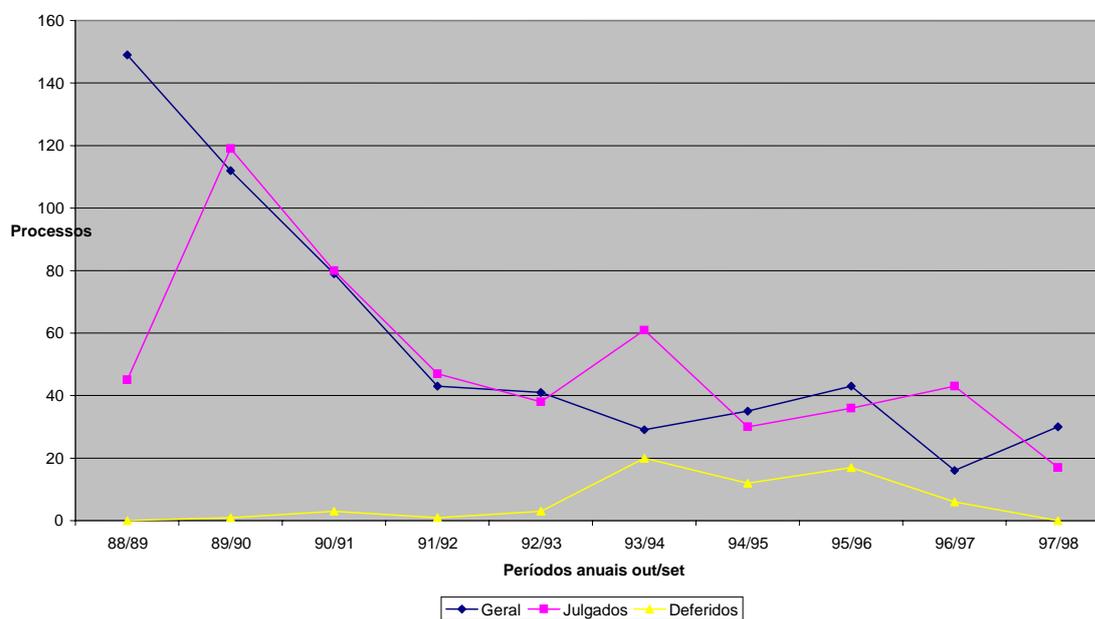
Obviamente o grau de insatisfação desses setores de organização coletiva da sociedade civil seria proporcionalmente menor. Apesar da quantidade relativa maior de iniciativa individual em mandados de injunção, seriam essas pessoas, cidadãos ou empresas, pertencentes aos grupos menos influentes na formação das maiorias deliberativas dos representantes políticos. Restaria a elas, sem perspectiva de exercer pressão eficaz sobre os representantes políticos, demandar o suprimento da omissão política dos outros Poderes mediante mandado de injunção.

À luz do pensamento liberal dos federalistas, sobretudo do princípio da separação dos poderes, a considerável quantidade de mandados de injunção de iniciativa individual em relação à menor quantidade de iniciativa coletiva, estaria de acordo com a fórmula de que o Legislativo dá vazão à vontade da maioria e o Judiciário protege o direito da minoria contra o abuso da maioria.

Essa avaliação qualifica o mandado de injunção como mais um instrumento político à disposição da sociedade civil para que a minoria não seja sufocada pela vontade da maioria manifestada na omissão política em dar efetividade aos princípios e valores previstos na Constituição.

A forte concentração de pedidos de mandados de injunção logo após a promulgação da Constituição de 1988 mereceu atenção do Supremo Tribunal Federal em proporção simétrica, como demonstra a convergência do fluxo dos julgamentos comparativamente ao fluxo dos pedidos gerais no Gráfico IV, comprovando que a cúpula do Judiciário atendeu rigorosamente ao dever que lhe foi reservado.

Gráfico IV) Fluxo julgados/deferidos - mandados de injunção STF 88/98



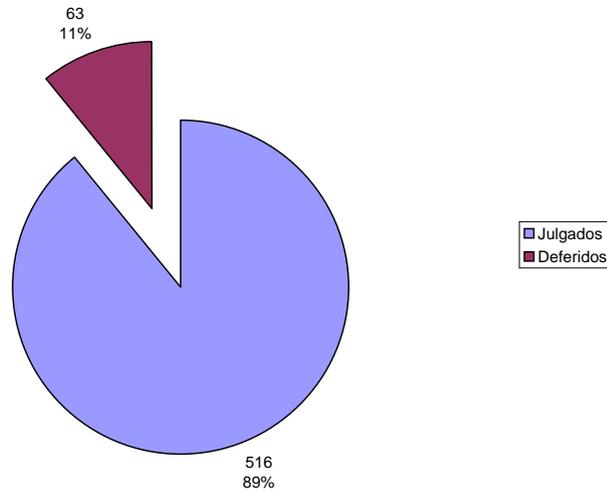
Fonte: dados extraídos da página <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>, 2008. Pesquisa pelo quadro de acompanhamento processual por unidade de registro. Gráfico a partir de Planilha Excel Microsoft organizado pelo autor em março de 2008.

Observe-se no Gráfico IV que a linha de fluxo de *julgamentos* no período 93/94 supera a linha de fluxo de pedidos de mandados de injunção, bem assim que o volume dessa diferença guarda uma certa equivalência com a diferença de quantidade maior de pedidos em relação a julgamentos no período de 88/89.

Não é difícil identificar a ocorrência de uma espécie de *esforço concentrado* ocorrido no período 93/94 para julgar o *estoque* de processos formado nos primeiros momentos da nova ordem constitucional. São dados objetivos que apontam para se concluir que o Supremo Tribunal Federal respondeu ao chamado da sociedade civil com a demanda de mandados de injunção.

Da totalidade dos mandados de injunção que foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal nos 10 anos após a Constituição de 1988, 11% foram deferidos, total ou parcialmente, reconhecendo a mora legislativa, conforme o Gráfico V.

Gráfico V) Proporção/julgados/deferidos mandados de injunção STF 88/98



Fonte: dados extraídos da página <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>, 2008. Pesquisa pelo quadro de acompanhamento processual por unidade de registro. Gráfico a partir de Planilha Excel Microsoft organizado pelo autor em março de 2008.

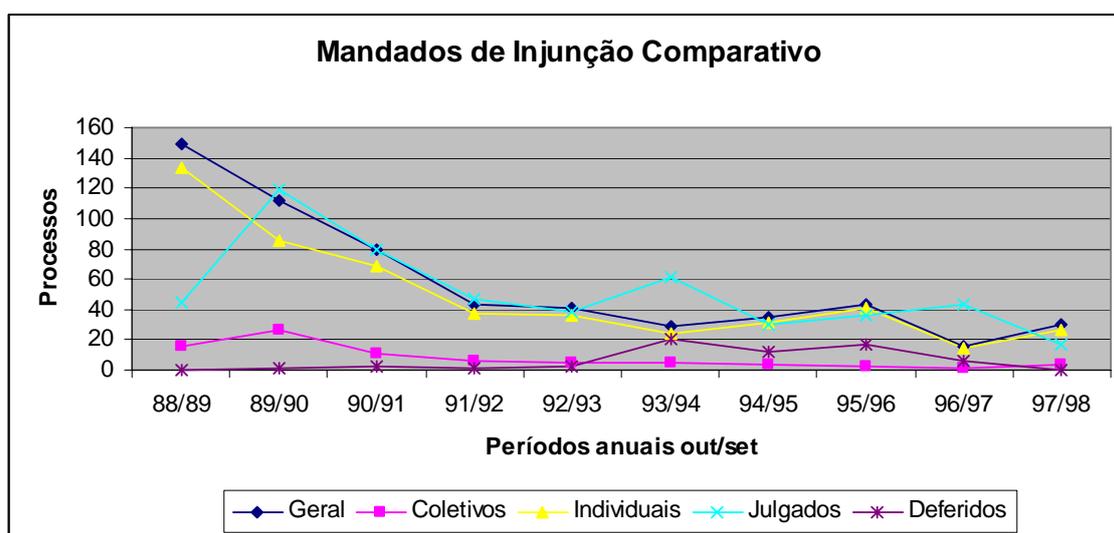
Mesmo em se sabendo que no conceito da variável “*juízos*” se encontram ocorrências como arquivamento por defeito de técnica processual que impede o Judiciário examinar o mérito da questão, esse percentual é relevante para a avaliação da judicialização da política no procedimento de mandando de injunção.

A primeira constatação é que a ação política positiva do Judiciário, por intermédio de sua cúpula, é uma realidade demonstrada por dados objetivos. Quando se vê que o Supremo Tribunal Federal deferiu na primeira década de vigência da Constituição de 1988 cerca de 11% dos mandados de injunção do total que examinou, isso significa que nesse período em 63 ocasiões foi declarada pela cúpula do Judiciário a mora política de outros Poderes.

Os fluxos das variáveis “*quantidade da totalidade geral de pedidos de mandado de injunção*”, “*quantidade de mandados de injunção requeridos por iniciativa coletiva*”, “*quantidade de mandados de injunção requeridos por iniciativa individual*”, “*quantidade de*

juizamentos” e “*quantidade de pedidos deferidos*”, ao longo dos 10 anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, foram consolidados no Gráfico VI.

Gráfico VI) Fluxo comparativo-mandados de injunção STF 88/98



Fonte: dados extraídos da página <http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>, 2008. Pesquisa pelo quadro de acompanhamento processual por unidade de registro. Gráfico a partir de Planilha Excel Microsoft organizado pelo autor em março de 2008.

Essas variáveis, demonstradas a partir de dados objetivos, são suficientes para concluir que por ocasião da implantação da nova ordem constitucional a sociedade civil, movida principalmente por iniciativas individuais dos cidadãos e das empresas, mas também coadjuvado por iniciativas coletivas de associações, sindicatos e partidos políticos, exerceu considerável pressão sobre a cúpula do Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal. Essa pressão exercida pela sociedade se utiliza de procedimentos judiciais, sob a forma de mandados de injunção, para que a cúpula do Judiciário se pronunciasse sobre a *omissão política do Legislativo em expedir leis que dessem viabilidade aos princípios e valores constitucionais*.

Essas variáveis igualmente são suficientes para concluir que o Supremo Tribunal Federal, na condição de cúpula do Judiciário e assim referência do entendimento judicial nacional sobre o tema, respondeu prontamente à pressão da sociedade civil, julgando uma

quantidade de mandados de injunção quase tão grande quanto a quantidade de pedidos a ele dirigidos, decidindo em percentual significativo pelo deferimento favorável aos requerentes, o que, em suma, demonstra de uma lado o esforço e a atenção daquele Tribunal em dar uma resposta à sociedade quando por ela convocado, e de outro lado a confirmação da judicialização da política nos procedimentos de mandado de injunção para suprir omissão legislativa.

A variável de 11% de decisões favoráveis concedendo os mandados de injunção, como visto, é prova relevante da judicialização da política, mas não se pode negar que se tratam de quantidades relativamente contidas, seja em relação ao volume total de pedidos, seja em relação aos julgamentos. Esses números indicam, pois, a disposição do Supremo Tribunal Federal em dar resposta à pressão da sociedade civil, bem assim a moderação do grau em que essa resposta é dada.

É razoável concluir que o Supremo Tribunal Federal guarda prudência, agindo de certo modo conservador em relação aos efeitos excepcionais do mandado de injunção em face da separação e da independência dos Poderes. O Supremo Tribunal Federal se dispõe a conceder a medida somente em casos em que esteja muito bem caracterizada a mora do outro Poder, o que vem a se harmonizar com os resultados da pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB coordenada por SADEK (2006, 132), nos seguintes termos:

Questionados se as decisões judiciais deveriam orientar-se preponderantemente por parâmetros legais ou pelas conseqüências econômicas e sociais da decisão, magistrados de ambos os sexos consideram que os parâmetros legais têm primazia. Ou seja, o juiz brasileiro, diferentemente do que sugerem outras pesquisas, afirma decidir, antes de tudo, com base na lei. Na verdade, nenhum juiz decide sem estar baseado – no mínimo como aspiração de boa-fé – em algum artigo de alguma lei. O juiz, qualquer juiz, é formado para partir da lei – o ponto fixo dogmático, no dizer de Tércio Sampaio Ferraz Jr.

SADEK (2006, 134) obteve respostas na pesquisa por ela coordenada que “*Juízes e juízas decidem com base na lei (87,2% e 84,2%, respectivamente)*”.

Por ser um caso bastante representativo de como o Supremo Tribunal Federal percebe a função constitucional do mandado de injunção, bem assim os respectivos limites de ativismo diante da mora legislativa, é interessante transcrever a ementa do julgamento do Mandado de Injunção MI 284 / DF - DISTRITO FEDERAL. O relator original era o Ministro MARCO AURÉLIO, mas em razão de ter sido vencido, foi designado relator da decisão final o Ministro CELSO DE MELLO.

O julgamento ocorreu em 22/11/1992 pelo Tribunal Pleno (Diário da Justiça de 26/06/1992, p. 10103 e na Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 139-03, p. 712). Esse julgamento tem a moderação que o Gráfico VI aponta, convergente com o resultado da pesquisa coordenado por SADEK (2006) onde identificado o elevado grau de percepção de legalidade estrita a que se vinculam os juízes brasileiros.

O tema discutido no julgamento do MI 284 / DF (<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>, 2008) é o da natureza e função do mandado de injunção envolvendo a questão do sigilo de portarias reservadas do Ministério da Aeronáutica em face do art. 8º, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais de 1988:

Art. 8º É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. (Regulamento)

...

§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será

concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

O mandado de injunção MI 284 / DF foi deferido pelos seguintes argumentos, transcrito literalmente do acórdão do Supremo Tribunal Federal, que fornece elementos relevantes para identificar a evolução da posição política daquela Corte:

O caráter essencialmente mandamental da ação injuncional - consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - impõe que se defina, como passivamente legitimado "ad causam", na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão causalmente inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional. No caso, "ex vi" do parágrafo 3º do art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a inatividade inconstitucional é somente atribuível ao Congresso Nacional, a cuja iniciativa se reservou, com exclusividade, o poder de instaurar o processo legislativo reclamado pela norma constitucional transitória. - Alguns dos muitos abusos cometidos pelo regime de exceção instituído no Brasil em 1964 traduziram-se, dentre os vários atos de arbítrio puro que o caracterizaram, na concepção e formulação teórica de um sistema claramente inconvincente com a prática das liberdades públicas. Esse sistema, fortemente estimulado pelo "perigoso fascínio do absoluto" (Pe. JOSEPH COMBLIN, "A Ideologia da Segurança Nacional - o Poder Militar da América Latina", p. 225, 3. ed., 1980, trad. de A. Veiga Fialho, Civilização Brasileira), ao privilegiar e cultivar o sigilo, transformando-o em "praxis" governamental institucionalizada, frontalmente ofendeu o princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema ("O Futuro da Democracia", 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. O novo estatuto político brasileiro - que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta - consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva

para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial a caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO, como "um modelo ideal do governo público em público". - O novo "writ" constitucional, consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Carta Federal, não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico "impõe" ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder. - Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional - único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada - e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção n. 283, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se "prescindível nova comunicação a instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, "desde logo", a possibilidade de ajuizarem, "imediatamente", nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transcrito.

É possível afirmar que a expansão do Poder Judiciário no âmbito da judicialização da política, mediante julgamento de mandados de injunção no Supremo Tribunal Federal, é moderada, no sentido de que em nenhum momento se apresenta como substituta da função política legislativa. Na verdade, verifica-se nesse momento que o Supremo Tribunal Federal assume função meramente supridora da mora política de outros Poderes. Não é razoável, nesses termos, se cogitar de hipótese rompedora da separação e do equilíbrio entre os Poderes, senão a confirmação da conquista da modernidade na forma do papel político do Judiciário – *Estado juiz* – como limitador do abuso da vontade da maioria e garantidor do direito da minoria.

IV – CONCLUSÃO

A recepção política da função judicial na República brasileira pela Constituinte de 1891 se deu sob os influxos do liberalismo do modelo dos Estados Unidos da América, especialmente a separação dos poderes e a independência do Judiciário com o poder para invalidar as leis e os atos do governo contrários à Constituição. O impasse decorrente da polarização entre o texto liberal do federalismo da Constituição de 1891 e o símbolo autoritário de *ordem e progresso* lançado na bandeira brasileira, se resolveu pela prevalência do autoritarismo em detrimento do liberalismo. Os fatos demonstram que o poder político do símbolo era real e o poder político do texto constitucional era formal e se dissipou ao longo da Primeira República. Na alvorada da República o Judiciário brasileiro vai funcionando um tanto na sombra dos demais Poderes, não obstante a institucionalização constitucional que garantia a independência e o poder para controlar a validade constitucional de leis e atos administrativos.

A República brasileira adotou o princípio da separação dos Poderes e com ele o da *independência*, de modo a permitir que o Judiciário também exerça o controle dos atos dos demais Poderes. As crises políticas que assolaram a República sob o influxo da tentação autoritária, desde os rompantes de DEODORO, passando pela dissimulação das oligarquias da Primeira República, da ditadura do Estado Novo e do período de exceção de 1964, impuseram restrições à *independência* do Judiciário brasileiro. Todavia, a redemocratização do Brasil a partir de 1985, cujo momento épico é a promulgação da Constituição de 1988, restaurou a integridade plena do Judiciário, não apenas devolvendo-lhe a garantia da *independência*, mas atribuindo-lhe novas funções que o tornaram fiador das liberdades e das instituições democráticas. A Constituição de 1988, não mais como uma carta de direitos, mas como uma carta de valores, é campo fértil para que o juiz expanda o processo de dizer o direito em ampla hermenêutica, a par de prever institutos como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, próprios para o preenchimento das omissões políticas dos demais Poderes. Nesse contexto, o Judiciário brasileiro faz uso

pleno da *independência* e assume o seu papel como fiel controlador dos demais Poderes. Prevalece paulatinamente o dever do Judiciário de suprir o arbítrio omissivo dos outros Poderes para garantir ao cidadão o direito ou a liberdade constitucional, cuja eficácia está obstada.

O processo político de judicialização da política é uma resposta política do Judiciário ao quadro de omissão dos demais Poderes em implementar as políticas de efetivação dos direitos prometidos no texto constitucional. O Judiciário como Poder neutro não é fonte normativa da obrigação. Somente o Legislativo pode validamente criar a lei nova, fonte de direito novo. O afastamento da lei inconstitucional é restauração da ordem ofendida. A independência para interpretação definitiva da Constituição e para o controle e limitação dos outros Poderes é a última palavra no Estado liberal. Para garantir esse atributo foi dada ao Judiciário a garantia da vitaliciedade e da inamovibilidade, de modo a por os juízes a salvo da interferência do debate político. A função judicial é neutra nesse sentido porque o juiz não passa do limite da lei. A judicialização da política traz em si teoricamente a iniciativa de criação do direito novo, construído a partir de um amplo universo de princípios e valores, ensejando uma discricionariedade e abertura de muitas opções políticas, o que pode induzir o juiz a assumir facções, comprometendo a imparcialidade, a principal razão de transferência ao Estado juiz do poder de dizer o direito. O Legislativo pode alterar a lei, até mesmo em determinados casos a própria Constituição. Mas esse poder é limitado pela temporariedade do mandato político, no qual é investido mediante sufrágio. O poder de criar a lei, que é o poder de impor limites à liberdade do cidadão, é limitado pelo Judiciário no controle de constitucionalidade e pela sociedade civil por ocasião do sufrágio.

Todavia, os quadros do Judiciário, admitidos pelo conhecimento e reconhecimento de teoria e empiria comum e percepção comum de valores, criam as condições de uma orquestração imediata dos *habitus*, construindo a legitimidade do monopólio de dizer o direito sob a referência do campo jurídico. Nesse contexto, se de um lado se confirma a hipótese da existência do fenômeno da judicialização da política, de outro lado não se confirma a hipótese da intensidade de grau em ocorre esse fenômeno no Brasil. Com efeito, o Judiciário brasileiro, restaurado em sua *independência* no texto da Constituição de 1988, que é carta de valores, fértil à interpretação, tendo instrumentado o campo jurídico com institutos como a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, está em franca expansão no poder político de dizer o direito, mesmo quando imerso em sistema normativo

incompleto. Esse processo de criação do direito na função judicial, demandado pela sociedade para suprir a omissão política dos demais Poderes, em princípio tende a atritar o modelo liberal da separação dos Poderes. Mas, no momento, ainda não se pode falar no Brasil de um governo autoritário dos juízes, porque, mais eficaz do que um texto jurídico, o modelo sociopolítico de formação dos quadros do Judiciário brasileiro produz e reproduz concepção homogênea de percepção do justo alinhada com os cânones liberais da legalidade, apenas mitigados pela preocupação social. A veemência dos juízes na aplicação da lei a todos os cidadãos, sem distinção, algo impensável no alvorecer da República quando eram comuns as expressões como “*o nosso juiz*” e “*o nosso delegado*”, não é judicialização da política; essa ação judicial firme nada mais representa do que o produto sincero da *independência* do Judiciário em dar exato cumprimento da ordem legal.

Os dados objetivos demonstram que a judicialização da política no bojo dos procedimentos de mandados de injunção é provocada por pressão da sociedade, muito mais por iniciativas individuais (cidadãos e empresas), do que coletivas (associações, sindicatos e partidos políticos), caracterizando-se como resposta do Judiciário a dever constitucional. Não ficou comprovado alguma ação política que seria conduzida pelo próprio Judiciário em direção à judicialização da política.

A pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (SADEK, 2006), a pesquisa realizada nesse estudo (Planilha e Gráficos I a VI) e as decisões do Supremo Tribunal Federal concessivas de mandados de injunção (<http://www.stf.gov.br/portal/principal/principal.asp>, 2008), demonstram objetivamente que o ativismo judicial conduzido pela cúpula do Judiciário brasileiro é *supletivo da mora política dos outros Poderes* vinculado à primazia da legalidade.

A judicialização da política no Brasil se caracteriza pela moderação, realizando a missão política do Judiciário nos termos em que consolidado na formação do Estado democrático liberal moderno, contendo o abuso da deliberação da maioria e amparando o direito da minoria, abuso esse que na atualidade se manifesta sutilmente como *atos omissivos restritivos de direitos*. A judicialização da política no Brasil, nos termos em que vem se processando a partir da Constituição de 1988, é um fenômeno político cujo alvo é a limitação do arbítrio do Estado, arbítrio disfarçado, silencioso, que para ser desfeito com eficácia exige conduta ativa do Judiciário, inteiramente consentânea com o pensamento liberal.

BIBLIOGRAFIA

AGOSTINHO. *O Livre Arbítrio*. São Paulo: Editora Paulus, 2004.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. *Montesquieu: sociedade e poder*, in *Os Clássicos da Política*, v. 1. São Paulo: Ática, 2004.

AMES, Barry. *Os entraves da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

APPIO, Eduardo. *Discricionabilidade Política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2007.

ARATO, Andrew. *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 accountability in Latin America*. Pittsburgh University Press. Tradução de Heloísa Buarque de Almeida).

ARANTES, Rogério Bastos in AVELAR, Lúcia e CINTRA, Antonio Octávio. *Judiciário: entre a Justiça e a Política*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp Ed., 2004.

BALEEIRO, Aliomar in COSTA PORTO, Walter. *Constituições Brasileiras, vols. II, III, IV, V, VI e VII*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BAYLIN, Bernard. *As Origens Ideológicas da Revolução Americana*. Bauru: EDUSC, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1991.

___ *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

___ *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Braziliense, 2005.

- ___ et al. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB; São Paulo, Imprensa Oficial, 2000.
- BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Editora OAB, 4ª edição, 2002.
- BOORSTIN, Daniel J. *An American Primer*. New York: Penguin Books; The University of Chicago, 1996.
- BOUDON, Raymond e BOURRICARD, François. *Dicionário Crítico de Sociologia*. São Paulo: Editora Ática, 2ª edição, 4ª reimpressão, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. *A Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo: Editora Perspectiva, 5ª edição, 1998.
- ___ *Meditações Pascalianas*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2001.
- ___ *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 8ª edição, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.
- CARVALHO, José Murilo de. *Forças Armadas e política no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- ___ *Os Bestializados. O Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- ___ *A Formação das Almas. O Imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileira*. Brasília: Edição fac-similar do Senado Federal, 2002.
- CHEIBUD, José Antônio e PRZERWORSKY, Adam. *Democracia, Eleições e Responsabilidade Política*. São Paulo, Rev. bras. Ci. Soc. v.12 n.35, 1987.
- CHURCHILL, Winston S. *História dos Povos de Língua Inglesa*, v. 2 e 3. São Paulo: Ibrasa, 2006.

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*, in *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. São Paulo: UESP, 2006.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: Participação e Oposição*. São Paulo: Edusp, 1ª edição, 1997; 1ª reimpressão, 2005.

DRIVER, Stephanie Schwartz. *A Declaração de Independência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

___ *A Declaração de Independência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

EISEMBERG, José. *Pragmatismo, Direito Reflexivo e Judicialização da Política* in *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.

FIALHO, Anfrísio. *História da Fundação da República no Brasil*. Brasília: UnB, 1983.

GALLINO, Luciano. *Dicionário de Sociologia*. São Pulo: Paulus, 2005.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia – O Guardião das Promessas*. Rio de Janeiro: REVAN, 2001.

HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade o Presidente do Brasil. Um Estudo do Brasil Constitucional (1989-1934)*. Brasília: Senado Federal, 2000.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. *The Federalist Papers*. New York: Penguin Group, 2003.

___ *O Federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HILL, Christopher. *O Eleito de Deus – Oliver Cromwell e a Revolução Inglesa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

HOLLANDA, Sérgio Buarque. *História Geral da Civilização Brasileira*, tomo II, vol. 7, Do Império à República. Rio de Janeiro: Bertrand, 2005.

JAEGER, Werner. *Paidéia. A formação do Homem Grego*. São Paulo: Martins Fontes; Brasília, UnB, 1979.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

KINZO, Maria D'Alva Gil. *Burke: a continuidade contra a ruptura*. In *Os Clássicos da Política*, vol. 2, org. WEFORT, Francisco C. São Paulo, Editora Ática, 10ª edição, 8ª reimpressão, 2004.

LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Porto Alegre: Editora Villa Martha, 1980.

LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, edição fac-similar de 1915, 2002.

LESSA Renato. *A Invenção Republicana*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

LOPES JUNIOR. *A Judicialização da Política no Brasil e o TCU*. Rio de Janeiro FGV/IUPERJ, 2007.

LOCKE, John. *O Segundo Tratado do Governo Civil*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

MANIN, Bernard. *Los Principios del Gobierno Representativo*. Madri: 1ª ed., 1998; 1ª reimpressão, 2006.

MARCONI, Marina de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de Metodologia Científica*. São Paulo: Atlas, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, edição fac-similar de 1919, 2005.

MELO, Manuel Palácios Cunha. *A Suprema Corte dos EUA e a Judicialização da Política in A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva - IDP, 2007.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

MILL, John Stuart. *On Liberty and other Essays*. New York: Oxford Express, 1998.

NUNES, Edson. *A Gramática Política do Brasil – Clientelismo e Insulamento Burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; Brasília: ENAP, 2003.

OUTHWAITE, William e BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1996.

PADOVER, Saul K. *A Constituição Viva dos Estados Unidos*. São Paulo: Ibrasa, 1987.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

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

RIGAUX, François. *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSSITER, Clinton e KESLER, Charles R. *The Federalist Papers*. New York: Penguin Books, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

SADEK, Maria Tereza, org.; SANCHES FILHO, Alvinio Oliveira; DEBERT, Luciana Gross Siqueira; ARANTES, Rogério Bastos; e CAVALCANTI, Rosângela Batista. *Justiça e Cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré/IDESP, 2000.

____; BENETI, Sidnei Agostinho; e FALCÃO, Joaquim. *Magistrados – Uma Imagem em Movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *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, 2005.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Brasília: Edição fac-similar do Senado Federal, 2005.

SARTORI, Giovanni. *A Política*. Brasília: Editora UnB, 1981.

SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SOBOUL, Albert. *História da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2ª edição, 1974.

STONE, Lawrence. *Causas da Revolução Inglesa – 1529-1640*. Bauru: EDUSC, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

TRUC, Gonzaque *in Do Espírito das Leis, Vida e Obra*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

VARELA, Alfredo. *Direito Constitucional Brasileiro. Reforma das Instituições Nacionais*. Brasília: Senado Federal, edição fac-similar de 1902, 2002.

VIANA, Francisco José de OLIVEIRA. *Instituições Políticas Brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.

___ *O Ocaso do Império*. Brasília: Senado Federal, 2004.

___ *O Idealismo na Constituição*, in *À Margem da História da República*, t. I, Brasília, UnB, 1981.

VIANNA, Luiz Wernneck, org. *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2003.

___ CARVALHO, Maria Alice Resende, MELO, Manuel Palácios Cunha, e BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1977.

___ CARVALHO, Maria Alice Resende, MELO, Manuel Palácios Cunha, e BURGOS, Marcelo Baumann. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VITAL-NAQUET, Pierre. *Uma invenção grega: a democracia*, in *Os gregos, os historiadores, a democracia: o grande desvio*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

WEBER, Max *Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Ed. UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2004.

Informações da página internet do Supremo Tribunal Federal:
<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=708&classe=MI&codigoClasse=0&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição e o Supremo Tribunal Federal*. Brasília:
<http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. 2008.