

JURISDIÇÃO RENOVADA E DEMOCRACIA

Um esforço de compreensão do paradoxo contemporâneo em torno da legitimidade democrática da atuação de juízes e políticos⁽¹⁾

Antonio Umberto de Souza Júnior⁽²⁾

PLANO DE TRABALHO

1. PRIMEIRO ATO: ELEIÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

1.1. Proposição do problema

1.2. Desinteresse aparente da questão

2. SEGUNDO ATO: TRIBUNAIS E POLÍTICOS – PARCEIROS EM UMA AVENTURA ANTIDEMOCRÁTICA?

2.1. Questão preliminar: os tribunais e a democraticidade dos políticos

2.2. Testes de democraticidade

2.2.1. A questão da distância do eleitorado

2.2.2. A questão da separação de poderes

2.2.3. A questão das regras do jogo?

3. ÚLTIMO ATO: O BRILHO NA PENUMBRA

1. PRIMEIRO ATO: ELEIÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

1.1. Proposição do problema

Que imagens ocorrem ao leitor ao ouvir a palavra *democracia*? Eleições, Governo e parlamentares tomando posse, grandes e festivos comícios, discursos inflamados ou chorosos, filas de cidadãos prestes ao exercício solitário do direito de voto, programas partidários, guerras de dossiês, pesquisas

¹ O texto corresponde ao relatório final apresentado pelo autor nos Seminários de Ciência Política, conduzidos pelo Professor Doutor PAULO OTERO, da Universidade Lisboa, no ano letivo 2001/2002.

² Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, Professor Universitário, Mestre e Doutorando em Direito.

de intenção de voto, uma infinidade de promessas, sorrisos largos gravados em panfletos e *outdoors*? Muito provavelmente, tudo isto. Talvez também lhe aflorem as idéias de mandato, alternância, maioria e minoria, apuração, acusações de fraudes, poder... Em qualquer país democrático contemporâneo essas imagens e idéias fazem parte do cotidiano de seus habitantes⁽³⁾.

Embora a idéia de democracia seja imanente ao imaginário social da maioria dos países, sobretudo no Ocidente, não se pode esquecer que sua disseminação é fenômeno histórico recente, talvez o maior legado da segunda metade do Século XX em que o constitucionalismo e a universalização dos direitos humanos ajudaram a cicatrizar as feridas abertas pelos grandes conflitos bélicos e pelos traumáticos episódios de totalitarismo que o mundo testemunhou. Porque ainda muito jovem, a democracia vive ainda confinada a alguns poucos nichos. Se refinarmos um pouco mais nossa percepção do fenômeno democrático, talvez vejamos sem dificuldade que a democracia a que já nos habituamos cinge-se ao âmbito político. Para ser mais exato, todo nosso imaginário democrático situa-se em um ambiente compartilhado exclusivamente pelos parlamentos e pelos governos (e nas ruas e praças, sempre que eleições são convocadas ou programadas). A democracia de que falamos como algo corriqueiro é a democracia política.

É bem possível que soe ainda estranho ao leitor se alguém mencionar a *democracia econômica*⁽⁴⁾. Mais ainda, talvez, se alguém lhe propuser o delírio de uma *sociedade democrática poliárquica*⁽⁵⁾, ou seja, de um projeto democratizante dos espaços sociais dentro e fora do espaço estatal em que a democracia, a par de sua identidade como *forma de governo*, nos surpreenda como um *modo de vida*⁽⁶⁾ (a democracia no trabalho, a democracia educacional, a democracia nos mercados, a democracia familiar e assim por diante)⁽⁷⁾. Assim,

³ Mesmo em regimes evidentemente autoritários, a palavra *democracia* incorpora-se aos discursos, às constituições e aos próprios nomes dos Estados, ainda que somente como um vocábulo completamente vazio de sentido, como foram as democracias populares do Leste europeu. Até em tais países é possível assistir ao espetáculo da democracia. Mesmo que como miragem. O teatro democrático é importante para emprestar credibilidade aos governantes e entorpecer os parceiros internacionais mais interessados nos negócios lucrativos que possam continuar realizando que com a falta de liberdade política de uma nação inteira (Adriano Moreira, *Ciência Política*, Coimbra, 2001, p. 131). A cínica eleição de Saddam Hussein para a Presidência do Iraque para mais um mandato de sete anos, em outubro de 2002, com 100% dos votos, é simbólica neste aspecto.

⁴ Na tentativa de superação do paradoxo liberal da antinomia entre liberdade e igualdade, apostando que a igualdade econômica possa fortalecer a democracia, cf. Robert Dahl, *Um Prefácio à Democracia Econômica*, Rio de Janeiro, 1990.

⁵ Cf. Norberto Bobbio, *O Futuro da Democracia*, 6. ed., Rio de Janeiro, 1997, p. 23; Robert Dahl, *Poliarquia*, São Paulo, 1997.

⁶ Adriano Moreira, ob. cit., p. 383.

⁷ Em *Crítica da Razão Indolente* (São Paulo, 2000, p. 261-327), Boaventura de Sousa Santos empenha-se em destrinchar a fisiologia dos espaços sociais estruturais (doméstico, produtivo, mercantil, estatal, comunitário, mundial) e suas interações com as formas de poder, de direito e de conhecimento.

além das ameaças totalitárias que a toda hora investem contra a democracia⁽⁸⁾, poderia o leitor constatar, por incrível que pareça, que vivemos ainda uma fase pueril do processo democrático. O amadurecimento da democracia pode apontar para duas direções: horizontal, ampliando seu perímetro social⁽⁹⁾ e internacional de incidência⁽¹⁰⁾, e vertical, aprofundando a identidade democrática dos espaços já colonizados pela democracia⁽¹¹⁾. Procurar compreender estes processos de maturação, portanto, apresenta-se como tarefa epistemologicamente complexa a exigir um grande esforço intelectual coletivo (e necessário, sobretudo na edificação de blindagens⁽¹²⁾ democráticas). Todavia, focalizar um fragmento deste fenômeno parece tarefa viável para uma investigação solitária, que se pretende capaz de contribuir, nos limites de capacidade de seu autor, na montagem deste *puzzle* que é a compreensão da democracia com seus défices e superações.

Dentre o leque vasto de temas que poderiam motivar a presente investigação, preferi ater-me à questão da legitimidade democrática dos tribunais. Pretendo verificar se da função jurisdicional se pode (ou deve) exigir legitimidade democrática e, em caso afirmativo, se a atuação dos tribunais apresenta déficit de legitimidade democrática. Embora haja quem sustente ser tal questão *arqueológica*⁽¹³⁾, reputo que a abordagem do tema ainda carece de mais larga e mais profunda conexão com a teoria democrática⁽¹⁴⁾ e de um exame empírico que não se limite ao Judiciário, mas a uma contextualização de sua postura funcional no tabuleiro do poder.

Advirto inicialmente que a abordagem não passará, por contenção metodológica, pelos problemas interessantes relativos à democracia judiciária, ou seja, ao nível de democracia orgânica, vigente na estrutura e no funcionamento dos tribunais (eleição de dirigentes, hierarquização das instâncias decisórias, jurisprudência vinculativa, disciplina judiciária, dentre outros pontos). Também

⁸ Cf. a instigante obra de Paulo Otero, *A Democracia Totalitária*, São João do Estoril, 2001. Externando o mesmo receio de que o futuro da democracia seja sua versão totalitária: Giovanni Sartori, *A Teoria da Democracia Revisitada*, II, São Paulo, 1994, p. 178.

⁹ Norberto Bobbio, *Estado, Governo, Sociedade*, 7. ed., Rio de Janeiro, 1999, p. 156. Complementa o autor italiano: "Hoje, quem deseja ter um indicador do desenvolvimento democrático de um país deve considerar não mais o número de pessoas que têm direito de votar, mas o número de instâncias diversas daquelas tradicionalmente políticas nas quais se exerce o direito de voto" (*ibidem*, p. 157).

¹⁰ A cláusula democrática na constituição da União Européia reflete tal tendência (Paulo Otero, *ob. cit.*, p. 265-266).

¹¹ Seja pela remoção de vestígios autoritários das estruturas partidárias e eleitorais, seja pela participação cidadã mais intensa e eficaz. Cf. Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer, "Para ampliar o cânone democrático", in Boaventura de Sousa Santos (Org.), *Democratizar a Democracia*, Rio de Janeiro, 2002, p. 39-82.

¹² A expressão é sugerida por Paulo Otero, *ob. cit.*, *passim*.

¹³ Maria da Assunção Esteves, "Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário", in AAVV, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, p. 132.

¹⁴ Paulo Bonavides, por exemplo, enxerga uma indigência bibliográfica notável em relação ao problema selecionado para este estudo (Paulo Bonavides, *Ciência Política*, 10. ed., São Paulo, 1998, p. 121).

não se ambiciona analisar a atividade jurisdicional como um todo, dada a amplitude que isto envolve, mas mais especificamente naqueles conflitos que possam conturbar a relação entre os diversos órgãos de soberania e o judiciário (é justamente aí onde são mais delicadas as interações que a questão da legitimidade democrática é invocada). Ainda pela necessária modéstia em termos de opção metodológica, o estudo tratará do tema atento a experiências em diversos países, mas dando, conscientemente, ênfase a aspectos presentes no Brasil e em Portugal, pela proximidade histórica e institucional que une tais países.

1.2. Desinteresse aparente da questão

Continuando o diálogo com o leitor, gostaria de justificar a escolha do tema antes que as próximas páginas sejam abandonadas. Será monótono ou, pior, inócuo debater a legitimidade democrática da função jurisdicional, especialmente se o campo empírico privilegiado abranger países com modelos de sistemas judiciais caracterizados por magistrados profissionais selecionados por mérito cultural, já que tais pessoas não foram eleitas para o cargo e são vitalícias? Se os juízes não são políticos, por que se preocupar com a legitimidade de suas ações? As respostas não seriam demasiadamente óbvias, subtraindo qualquer curiosidade ao prosseguimento da leitura? Francamente, não creio.

1.2.1. Édipo entra em cena: o reducionismo da legitimidade à legalidade

Todo poder político⁽¹⁵⁾ tem na legitimidade o útero (legitimidade de título) e os pulmões (legitimidade de exercício). A legitimidade corresponde à aceitação social da autoridade dos detentores do poder.⁽¹⁶⁾ Até o advento do liberalismo a legitimidade (ou a falta dela) sempre foi tratada como uma questão política.⁽¹⁷⁾ Foi a preocupação com a legitimidade, como instrumento formador e

¹⁵ Ou seja, "a faculdade de impor aos outros um determinado comportamento" (Paulo Otero, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I, Lisboa, 1998, p. 109) ou, com Weber: "a probabilidade de uma pessoa ou várias impor, numa ação social, a vontade própria, mesmo contra a oposição de outros participantes desta" (Max Weber, *Economia e Sociedade*, II, Brasília, 1999, p. 175).

¹⁶ Ou, com Bonavides, "a legitimidade como crença ou valor fundamental de sustentação do poder com base no consenso dos governados é conceito histórico, aberto, de conteúdo variável, dotado sempre de crucial actualização" (Paulo Bonavides, "A despolitização da legitimidade", in *O Direito*, ano 125, 1993, I-II, p. 62). Cf. ainda Paulo Bonavides, *Ciência* ..., p. 112.

¹⁷ O grande contributo do liberalismo, neste aspecto, é justamente a juridicização do poder político.

estabilizador das relações entre os reis e seus súditos, que trouxe à tona as teorias medievais e modernas de justificação do poder.⁽¹⁸⁾

Com as vitórias burguesas de 1688 (Revolução Gloriosa) e 1789 (Revolução Francesa), a legitimidade do poder político passa a ser reconhecida na vontade popular (ou, para ser mais preciso, na “vontade geral”⁽¹⁹⁾). O monarca não recebe mais de Deus o seu poder, mas da comunidade. O chamado poder legislativo, porque tinha seus integrantes escolhidos pelos cidadãos,⁽²⁰⁾ conquista o papel de protagonista do Estado liberal.⁽²¹⁾ Para prevenir-se de abusos do rei e dos parlamentos judiciais⁽²²⁾ e visando à proteção da liberdade e, sobretudo, da propriedade, o novo regime confere à lei, com exclusividade, a função reguladora das relações sociais e mesmo das relações de poder, gerando a segurança jurídica imprescindível para a perenidade do projeto liberal.⁽²³⁾ Crente na fidelidade da democracia representativa em relação à vontade geral,⁽²⁴⁾ o liberalismo confia no mito da suficiência da lei e do legislador como mediadores incorruptíveis da soberania popular.⁽²⁵⁾ Nesta perspectiva, o liberalismo conduz a legalidade, tal como um novo Édipo, a roubar a cena e eliminar a legitimidade ou, para ser mais exato, a incorporá-la: herda seu corpo, sua aparência, porém descartando-lhe o conteúdo.⁽²⁶⁾ Reduzida a legitimidade à legalidade e dominadas as casas legislativas pelos representantes da burguesia,⁽²⁷⁾ mediante o socialmente iniciado jogo eleitoral, o projeto liberal conquista a longevidade desejada por qualquer regime recém-instalado.⁽²⁸⁾

¹⁸ Para uma síntese das principais teorias medievais e modernas de justificação do poder, cf. Diogo Freitas do Amaral, *História das Ideias Políticas*, I, Coimbra, 1999, p. 197 segs.

¹⁹ “[...] mandante é a nação, soberana a vontade nacional, da qual o representante se faz intérprete, sem nenhum laço de sujeição ao eleitor” (Paulo Bonavides, *Ciência ...*, p. 260). No mesmo sentido, cf. Marie-Joëlle Redor, *De l'Etat Légal à l'Etat de Droit*, Paris e Aix-en-Provence, 1992, p. 98.

²⁰ Por uma parcela insignificante da população, eis que a democracia representativa liberal é, inicialmente, censitária, prolongando, embora com diversas vestimentas, o sistema social estamental, reduzido então a dois “Estados Gerais”: a *cidadania ativa*, composta pelos cidadãos com direito a voto, únicos aptos a influir na vida política do Estado, e a *cidadania passiva* integrada pelos demais moradores desafortunados, formando uma massa muda e desprezível. Cf. Marie-Joëlle Redor, *ob. cit.*, p. 97.

²¹ Paulo Otero, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1995, p. 28.

²² Pierre Bon, “La légitimité du Conseil Constitutionnel Français”, in AAVV, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, p. 140.

²³ “A empresa capitalista moderna fundamenta-se internamente, sobretudo, no cálculo. Para sua existência, ela requer uma justiça e uma administração, cujo funcionamento, em princípio, possa ser racionalmente calculado por normas gerais fixas, do mesmo modo que se calcula o rendimento provável de uma máquina” (Max Weber, *Economia ...*, II, p. 530).

²⁴ Carl Schmitt, *Légitimité Légitimité*, Paris, 1936, p. 70.

²⁵ “Todo o direito do Estado legislador, mesmo em seus mínimos detalhes, é fundado sobre a identidade presumida e preexistente entre direito e lei, justiça e legalidade, objeto do direito e procedimento legislativo” (*ibidem*, p. 62).

²⁶ “A legalidade deste Estado tem por missão fazer passar por supérflua e de reduzir a nada a legitimidade” (*ibidem*, p. 50).

²⁷ “A legitimidade da aristocracia parlamentar não tem outra sustentação senão sua legalidade” (*ibidem*, p. 51).

²⁸ “O que dispõe de 51 % [...] pode com o apoio da lei fechar atrás de si a porta da legalidade, pela qual ele entrou, e tratar como um vulgar malfetor o partido político rival que tenta, talvez com fortes chutes, ingressar pela mesma porta” (*ibidem*, p. 77).

A lei, portanto, é o veículo da legitimidade.⁽²⁹⁾ A neutralidade axiológica da legitimidade passa a contar com vários intérpretes. Costuma-se apontar o ano de 1815 como o marco da separação entre a legitimidade e a legalidade pelo antagonismo saliente entre a legitimidade tradicional de uma dinastia restaurada e a legalidade do Código Napoleônico.⁽³⁰⁾

A primeira contribuição importante de explicação deste processo de dominação da legalidade, contudo, virá, algumas décadas depois, com Max Weber, criador da famosa trilogia da legitimidade. Valendo-se da tipologia característica de seu método estrutural, Weber classifica a legitimidade⁽³¹⁾ em *tradicional*, *carismática* e *racional-legal*.⁽³²⁾ De tais tipos, o terceiro é o que melhor se adapta à legitimidade reduzida à condição de mera legalidade: a dominação de caráter racional baseia-se “na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal)”.⁽³³⁾

Outro autor marcante neste processo de *desidratação* do sentido da legalidade⁽³⁴⁾ foi Hans Kelsen. Ao identificar o Direito com o Estado e aniquilar a necessidade de debate em torno do conteúdo ético da norma,⁽³⁵⁾ Kelsen, mais que a pureza aspirada por sua teoria, consegue esterilizar a norma.

Já Carl Schmitt, em estudo dedicado a perceber os diversos modelos de Estado a partir do critério topográfico historicamente situado (ou seja, do critério de supremacia orgânica), em que classificou-os em Estado legislador, Estado administrativo e Estado jurisdicional⁽³⁶⁾, denunciando o processo de erosão da legitimidade na produção normativa pelo advento do Estado liberal, acaba por sustentar, coerente com seu decisionismo, um arquétipo de legitimidade que representa uma antítese da legalidade, levando o desterro da legitimidade ao máximo extremo possível,⁽³⁷⁾ com todos os desdobramentos que a história testemunhou.

Mais recentemente, Luhmann debruçou sobre o assunto, concebendo um modelo procedimental de legitimação, explicitamente vizinho da tipologia

²⁹ Mauro Cappelletti, “Rapport général”, in Louis Favoreu e J. A. Jolowicz (Orgs.), *Le Contrôle Juridictionnel des Lois*, Paris e Aix-en-Provence, 1986, p. 293.

³⁰ Paulo Bonavides, *Ciência ...*, p. 113.

³¹ “Certo mínimo de aprovação íntima – pelo menos por parte das camadas socialmente importantes – é condição prévia de duração de toda dominação, mesmo da mais bem organizada” (Max Weber, ob. cit., p. 560).

³² Max Weber, *Economia e Sociedade*, I, Brasília, 4. ed., 1998, p. 141, e II, ob. cit., p. 526.

³³ Ob. loc. cit..

³⁴ Paulo Bonavides, “A despolitização ...”, p. 72.

³⁵ *Ibidem*, p. 76.

³⁶ Carl Schmitt, ob. cit..

³⁷ Paulo Bonavides, “A despolitização ...”, p. 61 e 75.

weberiana.⁽³⁸⁾ Para Luhmann, a legitimação é uma ilusão funcionalmente necessária.⁽³⁹⁾ Segundo o sociólogo alemão, “é pura e simplesmente supérfluo” manejar o conceito de legitimidade preso a questões de justiça.⁽⁴⁰⁾ A legitimidade formal e a legitimidade material⁽⁴¹⁾ não se toleram no mesmo sistema.⁽⁴²⁾ Como pontua Bonavides, “o conceito de legitimidade foi deslocado para um novo eixo ou novo terreno: o da facticidade pura, perdendo desse modo as suas bases clássicas, que foram as do jusnaturalismo”⁽⁴³⁾. Agora são suficientes as regras formais orientadoras dos processos decisórios (judiciais e políticos), “premissas legitimadoras da decisão”, prescindindo de qualquer legitimação superveniente por haverem cumprido sua função: absorver incerteza.⁽⁴⁴⁾

Contra estas teorias de exílio da legitimidade material da legalidade e, por conseguinte, do direito, têm reagido alguns autores, que, percebendo a necessidade de superação desta crise de inanição política da legalidade, denunciam os riscos da insuficiência de um consenso social presumido a partir de premissas desligadas de qualquer conteúdo mínimo eticamente aceitável.⁽⁴⁵⁾ Conscientes de que o avesso saturnal (a absorção da legalidade pela legitimidade) também ensejaria riscos à estabilização social, com a perda das noções de previsibilidade e perenidade do sistema regulador,⁽⁴⁶⁾ defendem simplesmente o repatriamento da política ao país do direito, resultando na ressurreição da legitimidade⁽⁴⁷⁾ substancial em convívio harmônico com uma legalidade democraticamente vinculada.

Resta ver, para conclusão deste primeiro ato, os reflexos deste processo de erosão e resgate da legitimidade na atividade dos tribunais.

³⁸ Niklas Luhmann, *Legitimação pelo Procedimento*, Brasília, 1980, p. 30.

³⁹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “Apresentação”, in Niklas Luhmann, ob. cit., p. 5. O próprio autor comentado discorre: “para poder estabilizar essas conjecturas de consenso relativas ao caráter obrigatório da decisão oficial, tem também de se fazer participar no procedimento os não-participantes [...]Têm de chegar à convicção de que tudo se passa naturalmente, de que pelo esforço sério, justo e intenso se investigará a verdade e a justiça e que, eventualmente, com a ajuda destas instituições, também eles recuperarão os seus direitos. Se esta atitude está efetivamente divulgada, ou se ela for supostamente divulgada com base na situação de comunicação, aquele que se quer revoltar contra uma decisão obrigatória não pode contar com o apoio dos outros” (Niklas Luhmann, ob. cit., p. 104).

⁴⁰ Niklas Luhmann, ob. cit., p. 9.

⁴¹ Sobre a diferença entre *legitimação formal* e *legitimação material*: Paulo Otero, *Lições ...*, p. 111.

⁴² *Ibidem*, p. 24.

⁴³ Paulo Bonavides, “A despolitização ...”, p. 78-79. Neste sentido: Niklas Luhmann, ob. cit., p. 31.

⁴⁴ Jürgen Habermas, *A Crise de Legitimação do Capitalismo Tardio*, 2. ed., Rio de Janeiro, 1994, p. 126.

⁴⁵ Jürgen Habermas, ob. cit.; Paulo Bonavides, “A despolitização ...”, e, para ficar em três autores, Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?* Porto Alegre, 1993.

⁴⁶ “O Direito serve-se do Poder para garantir a obediência às suas normas e o Poder serve-se do Direito para fundamentar e garantir a sua própria autoridade (Paulo Otero, *Lições ...*, p. 110). No mesmo sentido, cf. Norberto Bobbio, *O Futuro ...*, p. 13.

⁴⁷ Paulo Bonavides, “A despolitização ...”, p. 84-85.

1.2.2. Novos papéis para um velho ator

No contexto vitorioso das revoluções liberais, o que desenhou Montesquieu como o modelo judicial da nova ordem? O barão francês concebe um sistema judicial como um poder incorpóreo, organicamente nulo e funcionalmente estéril e estamental.

A razão de não atribuir ao judiciário um posto mais privilegiado no tabuleiro do poder advém da desconfiança contra os juízes do Antigo Regime.⁽⁴⁸⁾ Nos intervalos das reuniões dos Estados Gerais os parlamentos judiciais mais de uma vez bloquearam tentativas de reformas suavizadoras do absolutismo monárquico.⁽⁴⁹⁾ Montesquieu prega que a justiça seja composta por juízes temporários, selecionados na comunidade.⁽⁵⁰⁾ Tais juízes leigos resolveriam os conflitos privados da burguesia. Neste ponto Montesquieu permite a suspeita de uma certa nostalgia feudalista: antes dos magistrados juristas, presentes no Século XVIII, a jurisdição era confiada a juízes populares oriundos do grupo social em que deviam atuar.⁽⁵¹⁾ Sieyès faz coro com o barão francês.⁽⁵²⁾ Para os nobres, Montesquieu concebeu a institucionalização jurisdicional da Câmara Alta do Parlamento (não à toa composta por nobres) para que nela fossem julgadas as suas demandas⁽⁵³⁾ (daí parecer-me ser possível falar em um poder ainda estamental).

Além de nulo organicamente,⁽⁵⁴⁾ o judiciário liberal é funcionalmente inexpressivo: o juiz é a *boca inanimada da lei*,⁽⁵⁵⁾ mero aplicador das

⁴⁸ Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985, p. 49. A história viria repetir-se na Revolução Russa em 1917: todos os tribunais imperiais foram abolidos por desconfiança (cf. René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo, 1993, p. 168).

⁴⁹ Pierre Bon, ob. cit., 140.

⁵⁰ Montesquieu, *O Espírito das Leis*, 2. ed., São Paulo, 1996, p. 168.

⁵¹ John Gihssen, *Introdução Histórica ao Direito*, 2. ed., Lisboa, 1995, p. 390. A eleição popular de juízes leigos foi instituída na Constituição Francesa de 1791 (III, 2 e 5). Em 1800, reduzem-se os jurados populares a poucas hipóteses com o regresso do sistema de recrutamento de juízes profissionais, com direito à vitaliciedade, cabendo sua designação ao Chefe de Estado (*ibidem*, p. 494).

⁵² "Há, evidentemente, uma lei que vale mais que a Constituição. Estou me referindo ao julgamento por *jurados*, verdadeira garantia da liberdade individual na Inglaterra e em todos os países do mundo onde se aspira à liberdade. Este método de administrar a justiça é o único que protege dos abusos do Poder Judiciário, tão frequentes e tão temíveis em todas as partes em que não se é julgado por seus pares" (Emmanuel Joseph Sieyès, *A Constituinte burguesa*, 3. ed., Rio de Janeiro, 1997, p. 88-89).

⁵³ Louis Althusser, *Montesquieu, a Política e a História*, Lisboa, 1972, p. 130-133.

⁵⁴ Em outra ocasião comparei o juiz liberal a um eunuco: "um juiz estéril (não cria leis, aplica-as), de semblante impassível (afinal, sua capacidade interpretativa é, *en quelque façon*, nula) e encarregado de prestar segurança à integridade da cidadela legislativa" (Antonio Umberto de Souza Júnior, *O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas*, Porto Alegre, 2004, p. 49).

⁵⁵ Montesquieu, ob. cit., p. 175. Sua boca inanimada parece ser uma versão moderna da *lei falante* de Cícero (Norberto Bobbio, "Legalidade", in Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário de Política*, II, 11. ed., Brasília, 1998, p. 674.).

disposições legais sem qualquer poder interpretativo ou integrativo⁽⁵⁶⁾ nem qualquer competência para controlar a validade delas.⁽⁵⁷⁾ Mesmo os litígios relacionados a eventuais abusos do executivo são-lhe subtraídos, por conta da mesma desconfiança em relação aos juízes do Antigo Regime, mantendo-se uma estrutura paralela subordinada ao próprio executivo (justiça administrativa⁽⁵⁸⁾): como desdobramento de tal dicotomia a Administração Pública continua imune a controles externos.⁽⁵⁹⁾ Esta a realidade do judiciário liberal na Europa continental.⁽⁶⁰⁾

Nos Estados Unidos, a independência política então recente (sem uma estrutura judicial anterior como legado), o móbil constitucional de freios e contrapesos e a ação incisiva da Suprema Corte nas primeiras décadas de sua existência conduziram o judiciário a uma posição bem mais importante. Crendo nas virtudes de sua inofensividade,⁽⁶¹⁾ os liberais norte-americanos confiaram aos tribunais não só as tarefas rotineiras de composição de conflitos entre particulares, mas também a arbitragem dos atritos entre os demais poderes e entre a federação e os estados. Mas a Suprema Corte teve dois momentos paradigmáticos em que ficou acuada pela delicadeza política de sua jurisprudência ultraliberal: o primeiro momento foi no caso *Dred Scott*, quando o tribunal negou validade a uma lei estadual que conferia liberdade a todos os escravos que estivessem em seu território por entendê-la ofensiva ao direito de propriedade, deflagrando a Guerra Civil entre sulistas e confederados; o segundo foi por ocasião das sistemáticas rejeições de normas instituidoras de proteção para os trabalhadores por entendê-las ofensivas ao direito de livre contratação, retardando o *New Deal*.⁽⁶²⁾

A pregação individualista do Estado liberal levou-o à derrocada nas primeiras décadas do século passado. Negligente quanto ao problema da fragilidade econômica das camadas sociais desfavorecidas, o Estado liberal

⁵⁶ “O juiz é algo como um autômato de parágrafos, no qual se enfia em cima a documentação mais os custos e as taxas para que solte em baixo a sentença mais a motivação razoavelmente convincente, isto é, cujo funcionamento, de maneira geral, é calculável” (Max Weber, *Economia* ..., II, p. 531).

⁵⁷ Mauro Cappelletti, “Rapport ...”, p. 293).

⁵⁸ Ob. loc. cit..

⁵⁹ Paulo Otero, *O Poder* ..., p. 36. Sobre a evolução da justiça administrativa na Europa e, em especial, em Portugal: Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, *Da Justiça Administrativa em Portugal*, Lisboa, 1994. Quanto às suas perspectivas em Portugal: Vasco Pereira da Silva, *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, Coimbra, 2000. Luís Filipe Colaço Antunes, *O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI*, Coimbra, 2001.

⁶⁰ Na Inglaterra, a reação contra os juízes foi bem distinta por força do sistema judicial britânico, fundado na tradição do direito não escrito e na orientação dos julgamentos pelos precedentes (*common law*), que já propiciavam a previsibilidade desejada pelo liberalismo. Ademais, os juízes eram recrutados dentre os advogados mais antigos (cf. Weber, *Economia*..., II, p. 531) e muitas das causas eram de competência de júris populares (Gilissen, ob. cit., p. 214).

⁶¹ James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, *Os Artigos Federalistas*, Rio de Janeiro, 1993, p. 479.

⁶² Mauro Cappelletti, “Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle”, in Louis Favoreu (Dir.), *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*, Paris e Aix-en-Provence, 1987, p. 478.

viu-se na contingência de ter de ceder a pressões de demandas igualitárias.⁽⁶³⁾ Como desesperada tentativa de autoconservação o Estado liberal cedeu, inicialmente, pela universalização do sufrágio eleitoral, antes censitário. A medida seguinte, mais cruel para o projeto liberal, foi a instauração de um programa intervencionista, primordial na atenuação das contradições sociais. Neste ambiente, prolifera a legislação de proteção ao trabalhador, para “amortecer o ímpeto da questão social”⁽⁶⁴⁾, e assume o Estado tarefas antes exclusivamente atribuídas aos empresários. O capitalismo humaniza-se para poder sobreviver.⁽⁶⁵⁾ Neste novo cenário, é o Executivo o grande protagonista,⁽⁶⁶⁾ cuidando das pessoas “do berço à sepultura”⁽⁶⁷⁾. Incontáveis as necessidades sociais, a lei não consegue mais tudo prever e prover.

Com uma pauta tão extensa de pleitos a atender, o Parlamento passa, desolado, da gula à anorexia:⁽⁶⁸⁾ este frenesi reivindicatório de novos direitos sociais e econômicos e de novas prestações acaba por desfigurar a noção de lei nos moldes liberais⁽⁶⁹⁾ (apesar da teimosia intelectual de alguns, que insistem em vinculá-la até hoje à “edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica”⁽⁷⁰⁾), levando-a a um processo de corrosão material. Leis orçamentárias, leis temporárias, leis de anistia, leis-medida desmentem o caráter geral e abstrato suposto pela visão liberal da lei. Irreconhecível a lei, do ponto de vista material como parâmetro definidor da função legislativa, outra alternativa não resta que não seja resignar-se e verificar a observância da forma, procedimento e força jurídica pelo órgão constitucionalmente autorizado a produzir a norma.⁽⁷¹⁾

Outro caminho inevitável passa a ser a delegação de funções legislativas para as agências da Administração Pública.⁽⁷²⁾ Além da necessidade de

⁶³ Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 6. ed., São Paulo, 1996, p. 188.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 189.

⁶⁵ Ob. loc. cit..

⁶⁶ Sobre a passagem do Estado Legislativo para o Estado Administrador, cf. Carl Schmitt, ob. cit..

⁶⁷ Paulo Otero, *A Democracia* ..., p. 165.

⁶⁸ “De uma maneira paradoxal, os parlamentos fixam-se tantos objetivos tão diversos que eles devem ceder uma grande parte de seu trabalho a outros para não sucumbir à paralisia” (Mauro Cappelletti, “Nécessité...”, p. 465).

⁶⁹ Para uma sintética visão da acepção da lei no Estado liberal, cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, V. 2. ed., Coimbra, 2000, p. 130, além da obra já citada de Carl Schmitt, *Légalité Légitimité*.

⁷⁰ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19. ed., São Paulo, 2001, p. 112.

⁷¹ “Relativamente à função legislativa, tende hoje a admitir-se que o significado teórico-constitucional de lei se compadece com um conceito de lei tendencialmente vazio no plano material e apenas caracterizável pela *forma, procedimento e força jurídica*” (Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5. ed., Coimbra, 2002, p. 547). Sobre a ambiguidade jurisprudencial sobre o que seja *ato normativo* para efeito de controle de constitucionalidade: Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, I, Coimbra, 2002, p. 460-465.

⁷² “A crescente intervenção reguladora e prestacional da Administração Pública implementadora dos direitos sociais tornou muito difícil a concretização dos intentos neoliberais de cunho mais radical, e, por outro, a privatização da Administração prestadora encontra ainda hoje sérios limites constitucionais decorrentes da própria cláusula de bem-estar” (Paulo Otero, *A Democracia* ..., p. 164).

transferir parte de suas tarefas pela infinidade de assuntos aos quais se reclama atenção reguladora, as descobertas da ciência e os progressos tecnológicos induzem o parlamento a abdicar de sua função legislativa e confiá-la a especialistas.⁽⁷³⁾ O poder regulamentar do Executivo ganha relevo.

Neste quadro o segundo gigante se ergue: o Estado administrativo.⁽⁷⁴⁾ O intervencionismo acarreta o significativo aumento das estruturas burocráticas e, com este, os efeitos colaterais (aumento de pessoal lotado no serviço público, necessidade de aumento ou criação de tributos, além das formas variadas de corrupção). Outra decorrência deste protagonismo administrativo vai se dar na maior relevância da discricionariedade e dos conceitos indeterminados como instrumentos agilizadores e adaptadores da atuação do poder público.⁽⁷⁵⁾

Este gigantismo estatal, fruto de desejo das massas, mostra, todavia, sua face horrorosa com o advento das grandes guerras (sobretudo o conflito de 1939-1945). A legalidade deslegitimada propiciou o surgimento dos Estados totalitários (nunca é demais lembrar que a ascensão de Hitler ocorreu por vias absolutamente legais). Dos escombros das guerras e dos horrores do Holocausto nasce um Estado temeroso.⁽⁷⁶⁾ A humanidade descobriu, com sofrimento profundo, que a infalibilidade da lei e do parlamento era um mito, que o poder deveria ter limites juridicamente mais eficazes e que os seres humanos, a despeito do enorme catálogo de direitos propiciado pelo Estado social, não contavam ainda com uma proteção efetiva de suas liberdades e de sua dignidade enquanto pessoas. Para resolver o problema dos limites do poder do Estado, expandem-se e sofisticam-se os sistemas de controle de constitucionalidade e judicializa-se o controle da administração;⁽⁷⁷⁾ para resgatar a dignidade humana ultrajada expande-se e universaliza-se o elenco de direitos fundamentais. Surge o constitucionalismo moderno. Com ele a constituição não é tratada mais “como um simples guia de caráter moral, político ou filosófico, mas como uma lei verdadeira, ela mesma *positiva e obrigatória*, mas de uma natureza superior, mais permanente que a legislação ordinária”⁽⁷⁸⁾.

⁷³ Fernando Ruivo, “Aparelho judicial, Estado e legitimação”, in José Eduardo Faria (Org.), *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, 3. ed., São Paulo, 1997, p. 76-77.

⁷⁴ Paulo Otero, *A Democracia* ..., p. 168.

⁷⁵ O Estado administrativo “pode sempre apelar para a necessidade objetiva, para a situação atual, para a força das coisas, para a angústia do tempo e pesquisar, não nas normas, mas nos estados de fato, suas razões de agir. É na objetividade e na utilidade, na necessidade imediata de suas providências, de seus regulamentos e de suas ordens, que o Estado recolhe sua razão de ser, enquanto o Estado legislador, que repousa sobre uma codificação, vai procurar sua justificação no princípio da conformidade das leis” (Carl Schmitt, ob. cit., p. 49).

⁷⁶ “Cada forma de Estado é a imagem fiel das circunstâncias políticas internas que o viram nascer” (*ibidem*, p. 48).

⁷⁷ “O legislador gigante não poderia, sem perigo, permanecer incontrolado” (Mauro Cappelletti, “Nécessité ...”, p. 467). Sobre o fenômeno da judicialização do contencioso administrativo, cf. Paulo Otero, *O Poder* ..., p. 38.

⁷⁸ Mauro Cappelletti, “Rapport ...”, p. 294.

Se limites jurídicos precisam ser impostos contra o Estado e a favor dos indivíduos e se o parlamento e o executivo não conseguiram evitar as catástrofes humanas (ao contrário, às vezes foram os culpados diretos delas), toma-se imprescindível atribuir a missão de garantia institucional de repressão dos abusos estatais e de proteção dos direitos humanos a outrem.⁽⁷⁹⁾ no tabuleiro do poder só resta como peça apta – e, superada a mágoa liberal, insuspeita – o judiciário.

A justiça, elemento justificador do nascimento do Estado medieval, é reconvocada à ribalta. Contudo, se o conceito e o alcance da lei, se a forma de organização política, se o sistema de distribuição dos recursos do poder, se o conjunto de direitos humanos fundamentais já não são mais os mesmos, se já não se conformam mais aos moldes liberais, é preciso que este judiciário se adapte. Para novos papéis, novos figurinos.⁽⁸⁰⁾ Assim, a hermenêutica mecanicista e castradora, confiante na certeza de validade e justeza da lei, não serve mais. Abre-se espaço para a interpretação do direito como um sistema que tem na lei um de seus elementos reguladores de apoio, amplia-se o acesso à justiça por meio da universalização da gratuidade à “clientela” carente e, mais recentemente, surgem mecanismos propiciadores das tutelas jurisdicionais coletivas, ensejando a defesa de interesses difusos e coletivos: (direitos do consumidor, direitos do contribuinte, direitos do trabalhador, direito ambiental, moralidade administrativa). Enfim, depois de seu aborto intencional pelo liberalismo, o judiciário tende a tornar-se o “terceiro gigante na coreografia do Estado moderno”⁽⁸¹⁾.

Tantos guiões novos têm atordoado o nosso ator: afinal, agora é a sua pauta que se agiganta e com isto chegam-lhe as crises: uma “crise existencial” pela redefinição ainda em construção de seus papéis (guardião, arquiteto ou empreiteiro?) e uma “crise de estafa” pela quantidade inesperada de demandas apresentadas.⁽⁸²⁾

Todavia, é tempo de evitar a repetição de erros. Atrás da legalidade, mesmo constitucional, responsável por esses novos figurinos jurisdicionais, não deverá estar a escorar a legitimidade democrática, consensual e espontaneamente reconhecida e revitalizada permanentemente em um processo dialógico contínuo? Ou há outra forma de amearhar o respeito e a conseqüente obediência a suas deliberações, por mais delicadas que possam vir a ser?

⁷⁹ “A democracia não pode sobreviver em um sistema no qual os direitos e as liberdades cívicas não têm nenhuma proteção eficaz” (Mauro Cappelletti, “Nécessité ...”, p. 483).

⁸⁰ Fernando Ruivo, ob. cit., p. 85.

⁸¹ Mauro Cappelletti, “Nécessité ...”, p. 467-468.

⁸² Empurrando-o para a chamada *crise da justiça*. Sobre o tema: Antonio Barreto (Org.), *Justiça em crise? Crises da justiça*, Lisboa, 2000; António Pedro Barbas Homem e Jorge Barcelar Gouveia (Org.), *O Debate da Justiça*, Lisboa, 2001.

Chegamos ao fim do prelúdio: ao se abrirem as cortinas para o próximo ato, legitimidade e judiciário serão colocados frente-a-frente para um saudável duelo (não seria um duelo?).

2. SEGUNDO ATO: TRIBUNAIS E POLÍTICOS PARCEIROS EM UMA AVENTURA ANTIDEMOCRÁTICA?

Integrando o corpo de órgãos de soberania, o judiciário forma, isoladamente, um subsistema político.⁽⁸³⁾ O cerne da investigação proposta é verificar se os códigos propulsores da legitimidade dos demais subsistemas (que chamarei aqui de *parlamento e governo*) podem ser aplicados aos tribunais ou se, ao contrário, estes contam com criptograma legitimador específico e incomunicável. Imaginei, para a busca das possíveis respostas, três percursos a que dei o genérico nome de *testes de democraticidade*. O método compreenderá a verificação da viabilidade de comunicação dos códigos propulsores de legitimidade dos outros subsistemas políticos com o subsistema judiciário e, em caso afirmativo, submissão a sucessivas comparações por meio de alguns *testes de democraticidade*, que terão por parâmetros:

(i) a questão da distância do eleitorado, subdividida nos aspectos da popularidade, responsividade, visibilidade e participação popular;

(ii) o velho, mas sempre sólido, argumento da incompatibilidade entre a legitimidade democrática dos tribunais e o princípio da separação de poderes, com ênfase àqueles casos em que a atuação jurisdicional oferece potencial risco de turbulência, em diferentes graus, em sua relação com os demais agentes políticos;

(iii) sendo a democracia um regime fundado em regras do jogo estáveis,⁽⁸⁴⁾ o cotejo das regras do jogo jurisdicional para verificar em que medida a atividade dos tribunais inibe ou incrementa a saúde da democracia.

2.1. Questão preliminar: os tribunais e a democraticidade dos políticos

Quando se cogita, como já assinalado, o aparente desinteresse da questão central formulada, a argumentação converge, via de regra, para a obviedade da resposta quanto à fonte de legitimidade democrática do poder

⁸³ Alberto Marradi, "Sistema Judiciário", in Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário ...*, II, p. 1157.

⁸⁴ Norberto Bobbio, *O Futuro ...*, p. 12.

judiciário. Como já salientado, o constitucionalismo procurou “colonizar” abrangentemente o terreno político (e não só o político) mediante regras e princípios de controle.⁽⁸⁵⁾ Em outras palavras, em um Estado de Direito democrático o poder, na perspectiva exterior, é juridicizado por uma base perene de direitos e garantias fundamentais oponíveis pelos indivíduos ou coletividades contra o Estado⁽⁸⁶⁾ e, na perspectiva interior, é submetido a mecanismos jurídicos agravados e recíprocos de controle,⁽⁸⁷⁾ inclusive com o objetivo de proteger violações ou ameaças a direitos fundamentais.⁽⁸⁸⁾ Assim, cabendo aos tribunais o direito e o dever de decidir os conflitos, em razão do monopólio de jurisdição constitucionalmente assegurado, a legitimidade democrática do judiciário adviria, então, da própria Constituição, que é a norma fundamentadora de todo o direito.

Embora evidentemente correta, a resposta é incompleta, pois:

(i) parte da presunção de legitimidade da Constituição,⁽⁸⁹⁾ podendo nesta perspectiva gerar dedução inversa (se faltante a legitimidade presumida) ou, sendo variável o grau de aceitação do “segundo poder constituinte originário”⁽⁹⁰⁾, uma legitimidade extremamente instável;⁽⁹¹⁾

(ii) a legitimidade é constatável na origem e no exercício⁽⁹²⁾ e o argumento constitucionalista somente atende à primeira modalidade (estática), ignorando a segunda (dinâmica)⁽⁹³⁾ e com isto provocando um vácuo logo após a inauguração da nova ordem constitucional ou a instalação dos novos tribunais;

⁸⁵ Christian Starck, “La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité”, in AAVV, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, p.59).

⁸⁶ Norberto Bobbio, *Estado ...*, p. 101.

⁸⁷ “Uma primazia efetiva da constituição é um fato jurídico que deve ficar ligado à repartição das funções estáticas entre o Parlamento e o executivo de uma parte e entre o Parlamento, que representa o princípio democrático da maioria, e a jurisdição constitucional, que garante a constituição, quadro e medida da política, do outro” (Christian Starck, ob. cit., p. 73). Já para José Reinaldo Lima Lopes, esta é “a primeira função política de qualquer sistema judicial contemporâneo”: servir como “mecanismo de legitimação, via controle, dos outros órgãos do Estado” (José Reinaldo Lima Lopes, “A função política do poder judiciário”, in José Eduardo Faria [Org.], *Direito e Justiça - a Função Social do Judiciário*, 3. ed., São Paulo, 1997, p. 136).

⁸⁸ Mauro Cappelletti, “Rapport ...”, p. 295.

⁸⁹ Cf. José Eduardo Faria, *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*, Porto Alegre, 1985.

⁹⁰ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed., São Paulo, 1998, p. 162-164.

⁹¹ Francisco Lucas Pires, “Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria”, in AAVV, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, p. 168.

⁹² “É que não só a sua origem remete à democracia constituinte como a sua continuidade remete para o consenso dos cidadãos, das instituições e em particular dos órgãos democráticos que intervêm na sua designação” (Francisco Lucas Pires, “Legitimidade ...”, p. 169).

⁹³ Embora com conceitos um pouco confusos e destoantes do contexto aqui empregado, especialmente pelo caráter procedimental de sua visão da legitimidade de exercício, não compartilhada por mim: Pedro Cruz Villalón, “Legitimidade constitucional e princípio da maioria”, in AAVV, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, p. 88.

(iii) ao confiar a legitimidade exclusivamente no texto constitucional, pode-se reincidir no equívoco liberal da despolitização da legitimidade e sua obsessão formalista.

Estando no início a viagem da função jurisdicional por novas trilhas, é preciso notar que o apoio da platéia e dos passageiros torna-se fundamental.⁽⁹⁴⁾ É preciso perceber se o judiciário responde às expectativas da sociedade.

Se julgo possível adotar para o judiciário os mesmos códigos propulsores da legitimação parlamentar e governamental, isto não deve autorizar a ilação de que esteja sendo proposto aqui que os tribunais devam alterar sua forma de atuação e “concorrer” com os demais poderes, em uma versão pós-moderna de um *governo de juízes*. Isto seria um retrocesso repugnante ao Estado de Justiça medieval, embora sem a “união pessoal” entre rei e julgador,⁽⁹⁵⁾ ou uma nova forma de tecnocracia,⁽⁹⁶⁾ igualmente abominável porque, paradoxalmente, dispensaria os processos periódicos de seleção do corpo político, asfixiando a própria democracia.

O que se pretende, talvez ousadamente, consiste simplesmente em saber se, de fato, como intuitivamente se responde sempre, não é possível encontrar características da condição democrática dos parlamentos e governos nos tribunais, ou seja, que o fato de não serem os juízes eleitos torna incomunicáveis os elementos de democraticidade dos três subsistemas.

Antes de avançar com os *testes de democraticidade*, é preciso fixar algumas premissas operacionais:

(i) o modelo de democracia considerado é o da democracia representativa ocidental, por ser a espécie mais disseminada (para muitos a única forma viável de regime democrático), constituindo, inclusive, a grosso modo,⁽⁹⁷⁾ a modalidade adotada no Brasil e em Portugal;

(ii) o sistema judicial a ser testado é o de raiz romano-germânica vez que a questão da legitimidade democrática dos tribunais nos países anglo-xões deverá partir de dados diversos, especialmente no que tange à

⁹⁴ “Tal função de consenso tem, de facto, a ver com uma ideia de durabilidade do princípio democrático que, sendo frágil devido à sua insolidariedade com a força, supõe uma conservação da adesão para que ela possa ser estabelecida no longo prazo com alguma fiabilidade” (Francisco Lucas Pires, “Legitimidade ...”, p. 170).

⁹⁵ Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia, ob. cit., p. 142. Sobre a expressão *Estado de Justiça*, cf. Rogério Ehrhardt Soares, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, p. 49.

⁹⁶ Francisco Lucas Pires, *últ. loc. cit.*

⁹⁷ É que não se pode ignorar a presença de alguns rasgos de democracia participativa em ambas experiências constitucionais, como o referendo português e a iniciativa popular de proposições legislativas estampada na Constituição brasileira.

metodologia de trabalho dos juizes da *common law*, construtores pacientes de um direito ainda predominantemente jurisprudencial;⁹⁸⁾

(iii) a análise de cada um dos quesitos dos *testes de democraticidade* será generalizante, com todos os riscos reducionistas que tal opção encerra. A questão aqui é de pragmatismo metodológico: a opção à análise genérica seria a realização de um extenso e detalhado trabalho de campo, certamente exigente de grande tempo e de recursos materiais e humanos consideráveis e, no momento, indisponíveis;

(iv) os *testes de democraticidade* serão aplicados igualmente aos tribunais e aos demais órgãos de soberania. Assim, os testes pretendem verificar o grau de democraticidade não exclusivamente no judiciário, mas também no parlamento e no executivo.⁹⁹⁾ Quer-se com isto verificar o grau de proximidade entre o subsistema judiciário e a democracia, por um lado, e entre o subsistema judiciário e os demais subsistemas políticos em termos de legitimidade democrática, por outro. Afinal, a eventual opacidade democrática do legislativo e do executivo pode atenuar o grau de exigência de democraticidade nos tribunais, migrando-se de uma posição idealista para o realismo constitucional a questão principal ora investigada.

2.2. Testes de democraticidade

2.2.1. A questão da distância do eleitorado

a) popularidade

Sendo a democracia o “governo do povo”, não é possível iniciar qualquer discussão minimamente séria em termos de legitimidade política que não passe pela questão da popularidade, isto é, da capacidade de determinado órgão aglutinar a adesão da maior parte da população de determinado espaço político.

Do lado dos políticos (parlamentos e governos), é aparentemente banal a sustentação da popularidade. A democracia representativa tem na popularidade a base de legitimidade. Afinal, se é nas eleições que são selecionados (e sancionados por atos pós-eleitorais com a não-recondução)

⁹⁸⁾ Caracterizam a função jurisdicional nos países anglo-saxões uma “forte autoridade social dos juizes, total adesão da comunidade à Constituição e mecanismos de harmonização de julgados” (Jorge Miranda, “Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional”, in AAVV, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, p. 93).

⁹⁹⁾ Sobre a necessidade da legitimidade democrática também na Administração Pública como um todo (e não somente nos órgãos de topo), cf. Paulo Otero, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, II, Lisboa, 1995, p. 539.

os representantes,⁽¹⁰⁰⁾ a proximidade da população em relação aos poderes é condição prioritária da vitalidade democrática.⁽¹⁰¹⁾

Todavia, algumas considerações podem “desbanalizar” e turvar a clareza da resposta afirmativa quanto ao atendimento deste quesito pelos subsistemas parlamentares e governamentais:

(i) o povo compreende diversas dimensões:⁽¹⁰²⁾

(i.i) *o povo como destinatário de prestações civilizatórias,*⁽¹⁰³⁾ *que corresponde à população de um Estado e que, politicamente, tem em seu contingente significativa parcela de pessoas politicamente passivas, sendo meros beneficiários das ações da Administração Pública e das demais agências estatais;*

(i.ii) *o povo como instância global de atribuição da legitimidade democrática,*⁽¹⁰⁴⁾ *composto pelo conjunto de pessoas destinatárias das prescrições legislativas, aptas a serem eleitoras (mesmo que não estejam inscritas) e em nome de quem o poder é exercido,*⁽¹⁰⁵⁾

(i.iii) *o povo ativo,*⁽¹⁰⁶⁾ *que congrega o eleitorado;*⁽¹⁰⁷⁾

(ii) dentro da dinâmica eleitoral, a dimensão do povo ainda sofre novas reduções que minam a representatividade política dos candidatos escolhidos:

(ii.i) *nem todos os eleitores comparecem às urnas (absenteísmo), por dificuldade, pela opcionalidade do ato*⁽¹⁰⁸⁾ *ou por decisão*

¹⁰⁰ Cf. Friedrich Müller, *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*, São Paulo, 1998, p. 56.

¹⁰¹ “O sufrágio universal está, portanto, na origem de toda a decisão democrática, mas ele não assegura o caráter democrático da decisão. De outro modo, todas as decisões do povo ou dos órgãos designados pelo povo seriam democráticas, independentemente do conteúdo” (José de Sousa e Brito, “Jurisdição constitucional e princípio democrático”, in AAVV, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, p. 42). Contudo, deve ser ressaltado e ressalvado que a democracia representativa liberal nasceu compartilhando o poder de representação com a monarquia, “deixando a eleição por consequência de ser a base exclusiva de toda a representação” (Paulo Bonavides, *Ciência ...*, p. 259).

¹⁰² Friedrich Müller, ob. cit..

¹⁰³ *Ibidem*, p. 77.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 63.

¹⁰⁵ “A mitologia política produz várias construções no sentido de fazer equivaler os *legisladores reais* ao *povo legislador*, e de atribuir a este a detenção da soberania, mesmo quando a não exercer” (Adriano Moreira, ob. cit., p. 136).

¹⁰⁶ Friedrich Müller, ob. cit., p. 55-58.

¹⁰⁷ Definido segundo vários critérios: idade, estado mental, grau de instrução, nacionalidade. Outrora, o sufrágio era bem mais seletivo: na democracia oitocentista não podiam votar as pessoas com poucos recursos; nas colônias, os autóctones e, no caso norte-americano, os negros, *the peculiar institution* (cf. Adriano Moreira, ob. cit., p. 206).

¹⁰⁸ Não é o caso do Brasil, onde o voto é obrigatório (Constituição Federal, art. 14, § 1º). Todavia, as facilidades legais de justificação da abstenção (comunicado postal no dia ou dentro dos dois meses seguintes em formulário gratuito) e de evitar as sanções restritivas de direitos (pagamento de multa de valor irrisório), não permitem supor que o comportamento do eleitorado seja muito diferente daqueles países em que o voto é facultativo. No segundo turno das eleições gerais brasileiras de 2002, por exemplo, a abstenção foi, segundo dados oficiais, de 20,45% (chegando a mais de 34% em um dos Estados), o que não é exatamente um índice modesto comparativamente a países europeus e aos Estados Unidos.

consciente, revelando, na maioria das vezes, o desinteresse de parte da população pelos negócios do Estado;⁽¹⁰⁹⁾

(ii.ii) nem todos os que comparecem às urnas optam pelas candidaturas ou partidos disponíveis, votando em branco ou de forma nula;

(ii.iii) será possível identificar uma minoria do eleitorado realmente interessada⁽¹¹⁰⁾ *pelo processo político (militância*⁽¹¹¹⁾*).*

(iii) a atribuição aos partidos do monopólio da representação eleitoral⁽¹¹²⁾ *implica:*

(iii.i) que nem todos os eleitores encontrem nas opções eleitorais disponíveis as pautas de diagnósticos e soluções coincidentes ou próximas das suas;⁽¹¹³⁾

(iii.ii) o bloqueio da participação formal de grupos de interesses, grupos de pressão, corporações, passando os partidos a desempenharem o papel de mediação das respectivas reivindicações ou de instrumento ativo ou passivo de manipulação de tais “corpos intermediários”⁽¹¹⁴⁾*;*

(iii.iii) uma democracia representativa com a representatividade extremamente debilitada ou mesmo inexistente,⁽¹¹⁵⁾ *em que os eleitos representam os partidos e estes, o eleitorado.*⁽¹¹⁶⁾

(iv) muitos dos agentes políticos com parcelas importantes do poder não são eleitos pelo povo:⁽¹¹⁷⁾

(iv.i) todos os integrantes dos ministérios do governo são escolhidos pelo Chefe do Executivo (ainda que mediante arranjos com aliados e cooptados no Parlamento), além de outros altos funcionários como o presidente do órgão gestor

¹⁰⁹ Cf. Marie-Joëlle Redor, ob. cit., p. 108.

¹¹⁰ Robert Dahl, *Um Prefácio à Teoria Democrática*, Rio de Janeiro, 1996, p. 105.

¹¹¹ Adriano Moreira, ob. cit., p. 152.

¹¹² Sociologicamente justificado para prestar-se como canal de extravasamento das pressões das classes economicamente desfavorecidas. Cf. Paulo Bonavides, *Ciência ...*, p. 277.

¹¹³ “Os eleitores não se revêem nos candidatos apresentados pelos partidos políticos, nem estes vêem depois de eleitos quem são os seus eleitores” (Paulo Otero, *A Democracia ...*, p. 206).

¹¹⁴ Paulo Otero, *A Democracia ...*, p. 207.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 228; Marie-Joëlle Redor, ob. cit., p. 103, e Mauro Cappelletti, “Nécessité ...”, p. 476. Todavia, a despeito de tal quadro desolador, “não se vislumbra alternativa à democracia representativa, o único sistema compatível com a liberdade política e com as garantias do Estado de direito” (Jorge Miranda, “Nos dez anos ...”, p. 97).

¹¹⁶ Adriano Moreira, ob. cit., p. 209.

¹¹⁷ Paulo Bonavides, *Ciência ...*, p. 259. Neste contexto, a partidarização da Administração Pública é instrumento simultâneo de democratização e de politização de suas estruturas, provocando a “colonização da Administração pelos partidos políticos” (Paulo Otero, *O Poder ...*, II, p. 541).

da política monetária e os presidentes de empresas públicas com orçamentos superiores a muitos ministérios, estados e municípios (ainda que, vez ou outra, se institucionalize a coparticipação da casa legislativa para ratificação das indicações e seja sempre estabelecida a responsabilidade dos dirigentes perante os órgãos mais elevados da Administração⁽¹¹⁸⁾); (iv.ii) contingências previsíveis podem conferir mandato eleitoral a pessoas desconhecidas do eleitorado.⁽¹¹⁹⁾

- (v) *as distorções inerentes ao sistema eleitoral e à própria dinâmica eleitoral:*
- (v.i) *dentre os eleitores que comparecem e não votam em branco nem anulam seu voto há um contingente que não estará representado porque seus candidatos ou partidos não conquistaram o círculo respectivo ou a votação mínima necessária para alcançar o parlamento ou o governo,⁽¹²⁰⁾*
 - (v.ii) *o protagonismo persistente do Chefe do Executivo leva, em países com sistema parlamentarista ou semipresidencialista (como é o caso de Portugal), à conversão das eleições legislativas em eleições para Primeiro-Ministro,⁽¹²¹⁾ invertendo a equação de dependência política entre Parlamento e Executivo;*
 - (v.iii) *a “neutralidade” partidária (aqui no sentido de desvinculação associativa a qualquer das agremiações) da maior parte do eleitorado e a necessidade de conquista do maior número possível de votos conduzem os partidos ao pragmatismo eleitoral determinante de campanhas superficiais, ideologicamente assépticas, esteticamente agradáveis⁽¹²²⁾ e com plataformas amplas e flexíveis, evitando a rejeição de potenciais adeptos atuais e de potenciais aliados futuros. Em outras palavras, o oportunismo dos programas, gerado pela “lei da oferta e da*

¹¹⁸ Paulo Otero, *O Poder ...*, II, p. 542-543.

¹¹⁹ O caso de um Senador brasileiro que assumiu a vaga pela morte do titular eleito é emblemático: seu nome foi inserido na lista partidária porque estava na residência do político executando uma reforma. Outro caso, mais recente, vem das eleições gerais de 2002, no Brasil: um candidato com menos de 600 votos chegou à Câmara dos Deputados como representante de São Paulo, a unidade mais populosa da federação, graças à incrível marca de mais de um milhão e meio de votos conquistados pelo “puxador de votos” de seu partido.

¹²⁰ No caso de eleições pelo sistema proporcional simples, sem círculos eleitorais (sistema brasileiro), tais votantes muitas vezes, além de se frustrarem pelo fracasso de seu candidato, ainda podem, involuntariamente, ajudar adversários internos de seu candidato pela contribuição que seu voto representa para a legenda no cálculo do quociente eleitoral definidor do número de cadeiras conquistadas.

¹²¹ Paulo Otero, *A Democracia ...*, p. 211-212; Luís de Sá, *Introdução à Ciência Política*, Lisboa, 1999, p. 85.

¹²² Paulo Otero, *A Democracia ...*, p. 229; Marie-Joëlle Redor, ob. cit., p. 98.

procura" eleitoral desfigura a identidade partidária,⁽¹²³⁾ para fins propagandísticos, operando curiosas aproximações retóricas entre forças ideológicas geneticamente opostas, o que acaba por equiparar o eleitor a um consumidor em uma relação onde o objeto a ser consumido é ele próprio;

(v.iv) nos sistemas em que as eleições para o executivo se dão em dois turnos, como é o caso do Brasil, o voto "útil" imola as opções partidárias de menor prestígio, gerando um ciclo paralisante na renovação do equilíbrio das forças: temerosos de que determinado candidato abominado possa passar para a rodada seguinte, eleitores "falseiam" seu voto, deslocando-o para uma candidatura mais viável, procurando "liquidar a fatura" no primeiro turno e desidratando o peso eleitoral dos partidos "menores".

*(vi) por fim, concentrada a democracia representativa na mediação, em caráter de exclusividade, dos partidos políticos,⁽¹²⁴⁾ que passam a dominar a cena do poder,⁽¹²⁵⁾ há problemas funcionais debilitadores da legitimidade democrática,⁽¹²⁶⁾ dando origem ao fenômeno da *partitocracia*:⁽¹²⁷⁾*

(vi.i) a detenção pelos partidos da competência para indicação das candidaturas⁽¹²⁸⁾ faz ressurgir o mandato imperativo,⁽¹²⁹⁾ embora sem a titularidade ativa imediata do eleitorado,⁽¹³⁰⁾ mas dos partidos, gerando uma contradição na democracia representativa da qual tal tipo de mandato é a negação absoluta;⁽¹³¹⁾

¹²³ Anna Oppo, "Partidos políticos", in Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário...*, II, p. 902-903.

¹²⁴ Paulo Bonavides, *Ciência ...*, p. 276.

¹²⁵ Paulo Otero, *A Democracia ...*, p. 215.

¹²⁶ Alinhando vários fatores de perturbação do sistema político contemporâneo: Jorge Miranda, "Nos dez anos ...", p. 97.

¹²⁷ Gianfranco Pasquino, "Partitocracia", in Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário...*, II, p. 905-908.

¹²⁸ Naquela função que Weber denominava de *patronagem de cargos* (Max Weber, *Economia ...*, II, p. 546).

¹²⁹ Acerca do mandato imperativo, cf. Paulo Bonavides, *Ciência ...*, p. 258-264.

¹³⁰ Nem os instrumentos de revogação de mandato, inerentes à modalidade imperativa, como é o caso do *recall* nos Estados Unidos. Todavia, é preciso reconhecer, acha-se presente a característica mais relevante: a supremacia permanente do corpo "eleitoral" (quer dizer, do organismo responsável pela inclusão do candidato na lista partidária). Cf. Paulo Bonavides, *Ciência ...*, p. 262-264. Por outro lado, especialmente nos sistemas eleitorais proporcionais puros, como é o caso brasileiro, a necessidade de apoio popular leva os candidatos a provocarem certa identificação do eleitorado com ele, seja por afinidades religiosas (pastores), profissionais (sindicalistas), esportivas (atletas ou dirigentes de equipes), culturais (artistas e apresentadores de rádio ou televisão), o que acaba por ensejar a estipulação de pautas corporativas que, conquistada a cadeira no parlamento, constroem o candidato a perseguir, virtualizando uma espécie de mandato imperativo. Este tipo de comportamento confirma a percepção de que, em verdade, a norma proibitiva, implícita ou explicitamente nas constituições, é das regras mais violadas. Cf. Norberto Bobbio, *O Futuro ...*, p. 24.

¹³¹ Marie-Joëlle Redor, ob. cit., p. 101-102.

(vi.ii) a institucionalização do mandato imperativo propicia aos partidos a radicalização das exigências alusivas à disciplina partidária,⁽¹³²⁾ reduzindo o espaço de desenvolvimento da individualidade dos eleitos e promovendo o “desaforamento” das deliberações legislativas do parlamento para outros recintos;⁽¹³³⁾

(vi.iii) o monopólio de representação democrática e a dominação sobre os eleitos⁽¹³⁴⁾ geraram a tendência à vitaliciedade das lideranças partidárias. Os partidos, motores do processo democrático, são, muitas vezes, organizados em forma de verdadeiras oligarquias⁽¹³⁵⁾ com o jogo viciado das grandes convenções de cartas marcadas⁽¹³⁶⁾ para consagração repetitiva de tais lideranças e para “homologação” das listas de candidatos.⁽¹³⁷⁾ Em outros termos, os partidos tornaram-se um novo Édipo, eliminando de suas hostes a influência materna da democracia.⁽¹³⁸⁾

¹³² Weber já registrava o fenômeno entre os partidos ingleses no início do Século XX: o deputado é uma “janela” do partido (Max Weber, *Economia ...*, II, p. 553 e 552). Analisando o problema na atualidade, cf. Norberto Bobbio, *Estado ...*, p. 155. Em outra obra, o politólogo italiano acentua que “a única sanção temida pelo deputado que depende do apoio do partido para se reeleger é a derivada da transgressão da regra oposta [ou seja, o mandato imperativo], que o obriga a considerar-se vinculado ao mandato recebido do próprio partido” (Norberto Bobbio, *O Futuro ...*, p. 25).

¹³³ Daí a cáustica observação de Bonavides: “a consciência individual cede lugar à consciência partidária, os interesses tomam passos às idéias, a discussão se faz substituir pela transação, a publicidade pelo silêncio, a convicção pela conveniência, o plenário pelas antecâmaras, a liberdade do deputado pela obediência semicega às determinações dos partidos, em suma, as casas legislativas, antes órgãos de apuração da verdade, se transformam em meros instrumentos de oficialização vitoriosa de interesses previamente determinados” (Paulo Bonavides, *Ciência ...*, p. 280). Quanto ao “desaforamento” das decisões parlamentares, cf. Adriano Moreira, *ob. cit.*, p. 177.

¹³⁴ Cf. Adriano Moreira, *ob. cit.*, p. 176.

¹³⁵ Em perspectiva que extrapola os limites das organizações partidárias, e que desfruta ainda de extrema atualidade, a referência bibliográfica inevitável sobre o tema é o antigo estudo de Robert Michels, *Para uma Sociologia dos Partidos Políticos na Democracia Moderna*, Lisboa, 2001.

¹³⁶ “Ínfima minoria que, tendo os postos de mando e os cordões com que guiar a ação política, desnaturou nesse processo de condução partidária toda a verdade democrática” (Paulo Bonavides, *Ciência ...*, p. 278).

¹³⁷ “A fungibilidade dos candidatos permite a ascensão no interior do partido dos mais fiéis adeptos do líder, que, por sua vez, eleitos deputados, serão dóceis instrumentos nas mãos do líder ou da direcção política do partido” (Paulo Otero, *A Democracia ...*, p. 211-212).

¹³⁸ Na defesa de partidos estrutural e funcionalmente democráticos, inclusive sujeitos a controle de democraticidade pelo Tribunal Constitucional: Jorge Miranda, “Nos dez anos ...”, p. 103. “A participação dos eleitores só entra em consideração na medida em que eles [os programas e os candidatos] são adaptados e escolhidos segundo as possibilidades de atrair seus votos” (Max Weber, *Economia ...*, II, p. 544).

Em suma, a representatividade popular é uma ilusão estatística: no fim, os que realmente decidem constituem uma fração bem modesta da população⁽¹³⁹⁾ e mesmo do eleitorado.⁽¹⁴⁰⁾

E de que forma podemos inserir o judiciário dentro do parâmetro democrático da popularidade? A questão encerra alguns óbices, mas não seria exagerado afirmar que é possível encontrar legitimidade democrática neste subsistema político. Passo à análise de alguns pontos comprobatórios da asserção.

(i) na origem os tribunais dispõem de legitimidade de segundo grau, ou seja, mediata, indireta:

(i.i.) o corpo da magistratura é, fundamentalmente, de origem aristocrática ou, para ser mais preciso, plutocrática: na maioria dos países democráticos ocidentais,⁽¹⁴¹⁾ o acesso à carreira é exclusivamente por concurso de conhecimento. Se de um lado se pode acusar a falta de democraticidade em tal esquema selecionador,⁽¹⁴²⁾ por não haver eleição popular, não se pode desprezar o outro lado da moeda: é que, garantido o acesso aos detentores de conhecimento técnico, os filtros seletivos para ingresso na magistratura são bem mais largos que os dos demais agentes políticos, mesmo considerando a má distribuição de recursos educacionais e culturais a dificultar a “universalização” de acesso à carreira;

(i.ii) nos tribunais de maior importância, especialmente aqueles dedicados ao controle de constitucionalidade, em caráter exclusivo ou em última instância, os juízes são escolhidos, via de regra, pela mediação do parlamento e, como acontece no Brasil, da Chefia do Executivo, propiciando a legitimação democrática, ainda que remota, inclusive no sentido de readaptação do perfil de racionalidade das cortes ante a constante e inevitável renovação dos seus quadros;⁽¹⁴³⁾

¹³⁹ Provocando a lembrança do festim democrático grego, para pouquíssimos convidados (Paulo Bonavides, *Ciência ...*, p. 268-269).

¹⁴⁰ Marie-Joëlle Redor, ob. cit., p. 107. Isto sem falar nos saudosistas do liberalismo oitocentista denunciados por Redor: “dando prioridade à opinião em detrimento da capacidade na condução dos negócios do Estado, o sufrágio universal teria então transformado o regime representativo em um governo da incompetência [...]. Afirmer que a extensão do sufrágio falseia a representação parece-nos hoje paradoxal, senão absurdo” (*ibidem*, p. 99).

¹⁴¹ Já ressaltava que as comparações ignorariam a experiência norte-americana. Por isto não se fala aqui da eleição de juízes, embora seja de registrar que mesmo ali este sistema está em declínio por todas as dificuldades que envolve (aliar popularidade a um comportamento imparcial não é exatamente uma missão fácil).

¹⁴² Não à toa a crítica mais corrente quando o assunto é legitimidade democrática dos tribunais.

¹⁴³ Cf. Mauro Cappelletti, “Nécessité...”, p. 477; José Sousa e Brito, ob. cit., p. 42, e Otto Bachof, ob. cit. p. 59. Afinal, “os controlados devem ter o sentimento de que estão associados à designação dos controladores” (Lous Favoreu, “La légitimité de la justice constitutionnelle”, in AAVV, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, p. 238).

(i.iii) a jurisdição, como as demais funções constitucionalmente relevantes, é exercida “em nome do povo”⁽¹⁴⁴⁾, o que pode ser encarado em dupla dimensão: de um lado a Constituição, simbolicamente, procurou marcar que a composição de litígios é realizada por delegação popular decorrente do poder constituinte originário (é que sendo a jurisdição uma das faces do poder estatal e sendo o Estado um Estado de direito e democrático, não é possível supor o exercício da jurisdição sem o apoio popular, ainda que por presunção absoluta); por outro lado, a jurisdição deve aplicar o direito aos casos concretos (e, aqui, mesmo a fiscalização abstrata se encaixa por ser uma manifestação real de suspeita contra a validade de determinada norma), substituindo as partes em virtude de sua incapacidade instantânea de autocomposição;

(ii) os tribunais são instituições desagradáveis, em certo sentido, por inerência de função:

(ii.i) tendo de decidir conflitos, e normalmente dar razão a um e negá-la a outro (ou mesmo negar a ambos como acontece em sentenças terminativas onde o mérito da demanda não chega a ser apreciado), é da natureza que os juízes, frustrando as pessoas, as desagradem. A justiça é ontologicamente desagradável. Este problema não tem como ser contornado completamente: ao contrário dos políticos, que, tendo a liberdade de escalar prioridades, podem guiar-se por critérios de agradabilidade de sua conduta (os argumentos de política de que nos fala Dworkin⁽¹⁴⁵⁾), os juízes, em uma atuação jurisdicional comprometida com a função, não podem fugir do desconforto de desagradar. Evidentemente, obrigados a fundamentarem suas decisões, podem valer-se da própria sentença para tentar persuadir os vencidos, reduzindo o déficit de popularidade;

(ii.ii) os critérios de julgamento popular não se conformam com os critérios de julgamento por profissionais. O juízo

¹⁴⁴ O que não significa concessões à opinião pública na apreciação de casos concretos, mas um “diálogo permanente sobre o valor ou a falta de valor, sobre a justiça ou o erro da jurisprudência”, no exercício da “difícil arte de escutar” (Otto Bachof, ob. cit., p. 59-60). Em sentido convergente, Jorge Miranda vê nesta afirmação constitucional simbólica “uma referência ao princípio democrático” e “uma necessária atenção à consciência jurídica comunitária em que se apóia a Constituição” (Jorge Miranda, “Nos dez anos...”, p. 96).

¹⁴⁵ Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, São Paulo, 2000.

popular está sujeito a emocionalismos e ao imediatismo, está desvinculado de qualquer preocupação de juridicidade e, sobretudo, de harmonia constitucional. O caso dos linchamentos em crimes bárbaros é bem ilustrativo desta forma de (ir)racionalidade decisória das massas. Portanto, a menos que se extinga a função jurisdicional, voltando aos tempos da justiça privada, não há como se alinhar permanentemente a forma de pensar de juízes e povo;

(iii) avaliada a popularidade pelo prisma dos destinatários da atividade jurisdicional, os tribunais talvez apresentem algumas características legitimadoras:

(iii.i) desde o Estado social o acesso à justiça vem sendo universalizado, sobretudo mediante a sua inserção como garantia constitucional e sua onipresença nos catálogos de direitos fundamentais de declarações e tratados internacionais. O acesso concretiza-se não só fisicamente (qualquer pessoa pode ingressar com uma demanda em qualquer tribunal), mas também pela gratuidade dos custos judiciais, pela propagação de órgãos de assessoramento jurídico, estatais (serviços de defensoria pública, serviços de defesa do consumidor etc) ou não (sindicato, organizações não governamentais), pela racionalização de procedimentos (a legislação processual está sempre em regime de reformas legislativas) e pela exigência de presteza e segurança na prestação jurisdicional. Sob este aspecto, a proximidade dos tribunais é bem mais, digamos, cotidiana;⁽¹⁴⁶⁾

(iii.ii) além da facilitação do acesso individual à justiça, disseminam-se também os mecanismos de coletivização das ações judiciais,⁽¹⁴⁷⁾ especialmente pela ampliação das hipóteses de legitimação extraordinária, criando a curiosa figura do litigante involuntário.⁽¹⁴⁸⁾

¹⁴⁶ Sem falar na conversão dos tribunais em "instâncias recursais" contra decisões parlamentares a serem acionadas pelas minorias vencidas (cf. Mauro Cappelletti, "Nécessité...", p. 478).

¹⁴⁷ Gerando a despersonalização dos litigantes, com efeitos benéficos de várias ordens: evita novos acúmulos de processos agravadores da crise do judiciário (um processo faz as vezes de milhares), propicia reparação de danos mesmo àqueles que ignoravam que tinham tal direito e que tinham sido lesados e, em certas relações jurídicas, permitem o pronto socorro jurídico sem exposição pessoal do litigante (o caso das demandas trabalhistas parece-me exemplar).

¹⁴⁸ Via de regra, não se exige autorização especial dos destinatários da providência judicial para que o órgão (ministério público, sindicato, associações) intente a ação de interesse coletivo ou difuso. Muitas vezes, sequer é possível individualizar os destinatários como ocorre com as ações concernentes à proteção do ambiente ou do patrimônio histórico.

Em suma, é problemática, mas não inexistente, a legitimidade democrática dos tribunais sob o aspecto da popularidade.

b) responsividade

O segundo critério destes testes de democraticidade a respeito do distanciamento popular dos subsistemas judiciais e políticos é o da responsividade. A expressão, não dicionarizada na língua portuguesa, aqui terá a conotação de “capacidade de dar respostas”⁽¹⁴⁹⁾.

A responsividade judicial parece bem maior que a responsividade dos subsistemas parlamentares e governamentais. A função jurisdicional não é só poder, mas, como toda função, é dever.⁽¹⁵⁰⁾ Assim, a reserva de jurisdição, constitucionalmente confiada aos tribunais em caráter absoluto ou quase absoluto,⁽¹⁵¹⁾ impõe aos tribunais a obrigatoriedade de dar respostas a todos os pleitos. Isto implica:

(i) a indeclinabilidade da jurisdição. Proposta a ação perante um tribunal, este tribunal é institucionalmente obrigado a prolatar decisão;

(ii) a morosidade judiciária em virtude da ampliação e difusão dos direitos (expansão de garantias e educação jurídica) e da facilitação do acesso às vias judiciais. Ou seja, a responsividade é constitucionalmente assegurada, mas praticamente postergada;

(iii) como reação aos problemas de baixa responsividade efetiva, os esforços concentrados pela priorização periódica de determinados setores, apontados pela opinião pública, pelos demais agentes ou pela mídia como mais críticos (alta criminalidade, baixa arrecadação de tributos, improbidade administrativa, demandas trabalhistas), em verdadeiras ondas de demandas de celeridade;

(iv) ainda pelas mesmas pressões por celeridade, assiste-se à vulgarização das tutelas de urgência. As liminares são verdadeiras vedetes por atenderem prontamente a pretensão, ainda que por meio de decisão provisória e, por isto, reversível;

¹⁴⁹ Faz-se a advertência não somente para estabelecer uma convenção lingüística, mas porque o neologismo tem já um termo próximo que deu origem ao “direito responsivo”, uma linha de pensamento jurídico introduzida por Philippe Nonet e Philip Selznick, que pode ser sintetizada como a busca de “respostas, soluções e resultados condizentes com o contexto social em que atua” (Celso Fernandes Campilongo, *Direito e Democracia*, 2. ed., São Paulo, 2000, p. 60). O sentido a ser empregado no texto é bem mais mecânico que filosófico.

¹⁵⁰ Cf. Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 13. ed., São Paulo, 2001, p. 32; Jorge Miranda, *Manual*, v. p. 7-22.

¹⁵¹ Cf. Paulo Castro Rangel, *Reserva de Jurisdição*, Porto, 1997.

(v) a sacralização do formalismo e das soluções proceduralmente evasivas. Premidos por forte demanda de serviços, muitos juízes assumem postura extremamente apegada a exigências de cunho meramente formal para decidir as causas. Assim, asseguram uma alta e rápida responsividade, embora materialmente inócua, pois a resolução de processos, neste caso, não resulta na solução dos litígios respectivos.

O exame da responsividade nos subsistemas parlamentares e governamentais autoriza algumas observações:

(i) escorado na proibição do mandato imperativo, os parlamentares e governantes, sempre que a exigência popular se mostre incômoda, rasgam ou engavetam os compromissos de campanha. Opostamente aos tribunais, os demais agentes políticos não são obrigados a dar resposta às demandas individuais ou coletivas. Gozam eles do direito ao silêncio ou à omissão. Com tal liberdade, evitam os políticos desagradar seus eleitores, negando expressamente suas pretensões: recorrem ao discurso de que estão aguardando momento mais oportuno ou então o clássico “estamos providenciando”! Por outro lado, esta seletividade propicia o controle numérico dos trabalhos. Se aos jurisdicionados insatisfeitos com a decisão judicial (ou a falta dela) abrem-se alternativas de imediata superação da situação desvantajosa (recursos, reclamações correicionais), aos eleitores frustrados resta apenas a interposição de seu “tardio recurso” nas urnas das eleições seguintes, se não aplacada a insatisfação, negando o voto aos silentes ou omissos;

(ii) mesmo quando não recorrem ao direito de silêncio ou omissão, os parlamentos e governos não têm a celeridade como uma de suas preocupações

(ii.i) é da índole dos regimes democráticos esta pouca agilidade. A existência de instâncias decisórias e de regras procedimentais mais ou menos rígidas impõe demora às deliberações. Sob este aspecto meramente funcional, os regimes autoritários levam larga vantagem, embora completamente desprovidos de qualquer vinculação necessária, ainda que indireta, com a vontade popular efetiva;⁽¹⁵²⁾

(ii.ii) a morosidade provoca a realização de esforços concentrados para alívio da pauta de deliberações, priorizando determinadas matérias, seja por pressão popular ou por conveniência governamental ou corporativa;

¹⁵² Norberto Bobbio, *O Futuro...*, p. 36; Giovanni Sartori, ob. cit., p. 226.

(ii.iii) a seu modo, eles servem-se também de “tutelas de urgência” para acelerarem sua responsividade. É o caso das medidas provisórias no Brasil e das autorizações legislativas em Portugal,⁽¹⁵³⁾ além das amplas possibilidades de delegação regulamentar transmitida pela Chefia do Executivo às suas diversas agências.

c) A visibilidade

Um terceiro elemento a guiar a busca da resposta da democraticidade nos subsistemas políticos é a sua capacidade de ser visto.

Neste aspecto os tribunais notabilizam-se por:

(i) se sujeitarem ao dever de total transparência em suas atividades.⁽¹⁵⁴⁾

A atividade jurisdicional tem como um de seus princípios a publicidade, mesmo nos tribunais de alto relevo constitucional. A visibilidade é, sob este prisma, inerente à sua atividade. A transparência não se encontrará, pois, somente na necessidade de explicitação dos motivos das decisões, mas tem também, na constante exposição ao público, um caráter simbólico relevante. Além da virtude democrática em si da visibilidade permanente,⁽¹⁵⁵⁾ a aparição dos tribunais no cotidiano dos órgãos da comunicação social deixa-os, ainda simbolicamente, mais próximos da comunidade;

(ii) a preservação de determinados interesses de delicadeza social (privacidade pessoal, segredos industriais, prejudicialidade na conclusão de investigações em curso) abre ensejo à exceção do segredo de justiça. Tal ressalva não nubla a visibilidade porque estatisticamente irrelevante a quantidade de casos em que o julgamento não se dá de portas abertas. Mesmo nestes poucos casos, assegura-se a participação dos advogados e dos litigantes, o que significa que não se abole a visibilidade, mas apenas se reduz o seu grau;

(iii) a obrigatoriedade dos julgamentos públicos não impede um mal parcialmente neutralizador de tal elemento legitimador. Refiro-me ao hermetismo judiciário culturalmente arraigado, pairando sobre o judiciário como uma sombra de sua fase liberal. A exposição pública de sua imagem

¹⁵³ Interessante notar como o art. 165º da Constituição Portuguesa, que enumera as matérias passíveis de autorização legislativa para o governo, tem sido progressivamente “inflado” com as leis de revisão constitucional de 1982, 1989 e 1997.

¹⁵⁴ Constituição Portuguesa, art. 206º; Constituição Brasileira, art. 93, IX.

¹⁵⁵ O segredo do controle, nos termos da arquitetura do pan-óptico de Bentham, agudamente analisado por Michel Foucault, *Vigiar e Punir*, 24. ed., Petrópolis, 2001, p. 162-192. Cf. também Norberto Bobbio, *O Futuro ...*, p. 99.

garante a sua transparência simbólica. Todavia, o uso da linguagem forense, com sua afetação, seus latinismos e suas convenções terminológicas, torna a comunicação judicial ineficaz. Isto sem falar na postura clássica, e ainda presente em boa parte da magistratura, de que o “juiz só fala nos autos”, outra surpresa nostálgica da fase liberal sintetizada pela figura da boca inanimada da lei, aqui vertida para a boca reanimada nos processos, como se o juiz fosse o *alter ego* do indivíduo não togado. A dificuldade e a ausência de comunicação provocam défices de legitimação, reduzindo a visibilidade efetiva dos tribunais e propiciando os riscos de implantação de uma nova forma de tecnocracia, poderosa em face às novas incumbências constitucionais recebidas nas últimas décadas;

(iv) além do espetáculo vistoso das audiências, o judiciário tem sua visibilidade, às vezes, guiada pelos humores da mídia. A combinação explosiva de casos judiciais rumorosos de grande impacto e juizes com a vaidade descontrolada transferem-no do palco para um picadeiro. A trivialização dos julgamentos traz este efeito colateral. Se, de um lado, a vigilância dos órgãos de comunicação social auxilia na divulgação de denúncias de mazelas judiciais (vinculadas a processos ou a falhas administrativas, pouco importa) e de esclarecimentos acerca de litígios em discussão, ela também pode redundar no horror humanitário das condenações prévias e nas manipulações da opinião pública, cada vez mais formatável pela ação colonizadora da imprensa;¹⁵⁶

(v) um último aspecto a turvar a imagem dos tribunais é o exercício de poder invisível das influências, sejam políticas (cooptação de votos mediante promessas de indicação para postos mais elevados), sejam econômicas (cooptação mediante corrupção). Não tem sido relevante o número de magistrados condenados por tais sujeições, o que pode significar, de um lado, a irrelevância estatística dos desvios ou, de outro, uma dificuldade crônica de exercício dos mecanismos de autocontrole do subsistema.

Do lado dos políticos, pode-se afirmar que:

(i) a visibilidade dos políticos é oscilante.¹⁵⁷ É altíssima nos períodos eleitorais e módica nos períodos de “entressafra”. Os parlamentos também discutem e decidem sobre as propostas em tramitação de forma pública (embora os conchavos e alianças inconfessáveis se dêem longe dos holofotes e das galerias). Todavia, os parlamentos são espacialmente concentrados em um único espaço, dificultando a acessibilidade física dos interessados;

¹⁵⁶ Cf. Niklas Luhmann, ob. cit., p. 106-108.

¹⁵⁷ Norberto Bobbio, *O Futuro...*, p. 88.

(ii) pela constante possibilidade de afetar interesses por opções políticas desvinculadas de qualquer argumento de princípio que pudesse induzir algum tipo de controle da racionalidade política, o poder invisível dos *lobbies* atua longe dos olhos da população com muito mais eficácia que as reivindicações comunitárias esporadicamente apresentadas;⁽¹⁵⁸⁾

(iii) a visibilidade dos políticos também é severamente prejudicada pelo crescente predomínio dos especialistas. À medida que os avanços da ciência reclamam regulação jurídica (o caso da bioética é exemplar, na atualidade), parlamentares e governantes vêm-se cada vez mais “reféns” do conhecimento oligopolizado por elites compostas por especialistas. Assim, em outro exemplo da chamada criptocracia, os parlamentos e governos são compelidos ao “desaforamento” das deliberações políticas e administrativas dos grandes auditórios e gabinetes para laboratórios e escritórios. Nesta perspectiva, a tecnocracia é inimiga da visibilidade e comprometedora da legitimidade democrática. Em certa medida, renasce das cinzas o fantasma liberal de uma democracia liderada por notáveis (ou mesmo a utopia platônica da sofocracia)⁽¹⁵⁹⁾.

(iv) outro dado, paradoxalmente fomentador e inibidor da visibilidade, é a mídia. Do mesmo modo que os órgãos da comunicação social podem promover campanhas jornalísticas de esclarecimento sobre as atividades legislativas e governamentais ou ecoar denúncias de desvios, eles também estão aparelhados para forjar a opinião pública e induzir a formação de consenso ou a realização de forte pressão em torno de determinada causa que lhes interesse, egoisticamente.⁽¹⁶⁰⁾

d) participação popular

Apesar de se colocarem como opostos, a democracia representativa a democracia direta, a rigor, não se excluem. Ao contrário, a ânsia de efetividade das utopias constitucionais tem gerado a introdução ou conservação, nos regimes de democracia representativa, de mecanismos típicos da democracia direta, como os referendos, plebiscitos, júris populares e o direito de iniciativa de proposição legislativa, incrementando a legitimidade democrática dos poderes constituídos por meio da participação popular. Na verdade, o que espanta não é a mestiçagem dos modelos democráticos. O

¹⁵⁸ Cf. Adriano Moreira, *ob. cit.*, p. 154-157.

¹⁵⁹ Cf. Giovanni Sartori, *ob. cit.*, p. 232-235; Adriano Moreira, *ob. cit.*, p. 158-159.

¹⁶⁰ Cf. Giovanni Sartori, *Engenharia Constitucional*, Brasília, 1996, p. 163.

que mais surpreende é que, no propósito de prevalência do modelo mais apropriado ao Estado liberal, em que do voto à posse a vontade individual de cada eleitor é transformada em uma vontade geral não necessariamente coincidente com aquela, se implantassem regimes democráticos satisfeitos exclusivamente com a eleição como fiadora da fidelidade dos políticos em relação a seus eleitores. Estranho como a participação, por muito tempo, foi vislumbrada como antítese da democracia representativa. Ora, a ampliação das formas de participação direta fortalece ao invés de fragilizar a democracia representativa, ao dar-lhe oportunidade de se submeter a avaliações em períodos mais curtos que os intervalos das eleições e, assim, perceber o grau de sintonia e de vitalidade de suas representações políticas.

Nos tribunais a participação popular pode ser visualizada em pelo menos dois aspectos:

(i) dada a natureza intersubjetiva das lides, a participação direta dos interessados é não só tolerada, como, em muitos momentos processuais, obrigatória (ou, sendo mais preciso, a oportunidade de participação do litigante ou de terceiros desinteressados é obrigatória)⁽¹⁶¹⁾;

(ii) além da participação como sujeitos do processo (as partes) ou terceiros desinteressados (testemunhas, peritos, depositários), há também espaço para o exercício da própria atividade dos tribunais diretamente por membros da comunidade não integrantes do sistema judicial:

(ii.i) é o caso dos júris no julgamento de determinados delitos, dos juízes sociais nas causas de natureza trabalhista (em Portugal) e dos árbitros;

(ii.ii) além destes julgadores leigos, há também a possibilidade de participação popular nos meios alternativos de resolução de conflitos, não jurisdicionais, como as comissões de conciliação prévia⁽¹⁶²⁾ e os mediadores;

(ii.iii) por fim, há resíduos institucionais de autodefesa nas situações em que direitos relevantes são violados sem a possibilidade de socorro judicial eficaz, dando a qualquer indivíduo o direito de resistência.⁽¹⁶³⁾

¹⁶¹ Cf. Mauro Cappelletti, "Rapport...", p. 297.

¹⁶² Novidade legislativa introduzida no Brasil em 2000 como forma de prevenir demandas judiciais trabalhistas (Lei nº 9.958).

¹⁶³ Cf. Maria da Assunção Esteves, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, Lisboa, 1989.

Já no campo político, a participação popular acha-se na seguinte situação:

(i) a despeito de sua institucionalização, não tem sido recorrente a utilização dos mecanismos de participação direta nas deliberações políticas. Apenas em momentos de extrema delicadeza social, os parlamentos têm feito uso de tal possibilidade (o caso da polêmica em torno do aborto em Portugal parece modelar). A face mais visível deste fenômeno de disseminação de meios de participação direta situa-se na infinidade de órgãos colegiais em que se prevê a participação de representantes não exercentes de mandato eletivo (embora aqui o grau de participação é reduzido eis que, via de regra, a competência para designação fica confinada a uma das agências políticas ou, quando muito, a determinadas corporações não necessariamente preocupadas em realizar consultas junto ao seu grupo social para definir os nomes solicitados).

2.2.2. A questão da separação de poderes

Embora pareça o mais fraco argumento dentre os que visam rebater a possibilidade de uma atuação judicial democraticamente legitimada,⁽¹⁶⁴⁾ não seria completa a abordagem sem enfrentar este velho problema.

a) revisitando Montesquieu

Qualquer análise da questão da separação de poderes há de ser iniciada, inevitavelmente, pela obra de Montesquieu.⁽¹⁶⁵⁾ Valendo-se de uma metáfora do figurino inglês de disposição do poder,⁽¹⁶⁶⁾ o barão francês defende um poder tripartido (poderes executivo, legislativo e judiciário⁽¹⁶⁷⁾). A leitura mais atenta à obra clássica de Montesquieu acaba por desmistificar tanto (i) a partilha do poder por três quanto (ii) a aparente pureza de uma concepção separatista e (iii) os verdadeiros propósitos do projeto de poder do barão francês.

¹⁶⁴ Otto Bachof, ob. cit., p. 58.

¹⁶⁵ Montesquieu, *O Espírito das Leis*, São Paulo, 1996.

¹⁶⁶ Há aqui uma incompreensão genérica entre historiadores do direito, ao acusarem o barão de ignorância devido à infidelidade de sua descrição do sistema político inglês de então (à guisa de ilustração, cf. Sebastião Machado Filho, "A Constituição da Inglaterra", in *Noite do Direito Brasileiro*, Nova Série, n. 6, 1998, p. 25-34). Todavia, a profundidade, extensão e minuciosidade d'*O Espírito das Leis* não autoriza tão grave acusação. Parece mais razoável supor que Montesquieu, seguindo o exemplo de outros escritores contemporâneos seus, se tenha valido do recurso literário da utopia, uma utopia original, pois, a valer-se de uma terra distante e irreal, preferiu ele ambientar seu regime imaginário em uma nação à época poderosa e já sob um regime constitucional. Neste sentido, cf. Boris Mirkine-Guetzévitch, "De l'Esprit des Lois à la démocratie moderne", in AAVV, *La Pensée Politique et Constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, [s.d.], p. 13-15.

¹⁶⁷ Montesquieu, ob. cit., p. 166-168.

(i) *Os lapsos aritméticos*: não são três os poderes visualizados por Montesquieu. No fundo, são apenas dois, pois o judiciário é, na expressão do autor, de alguma maneira nulo.⁽¹⁶⁸⁾ Afinal, como já referido, o culto da lei e a desconfiança em relação aos magistrados do absolutismo não deixavam qualquer espaço interpretativo aberto para o juiz liberal (daí a célebre imagem do juiz como a boca inanimada da lei⁽¹⁶⁹⁾ que atinge seu auge com a Escola da Exegese) nem espaço institucional para órgãos permanentes. Um segundo lapso aritmético está em afirmar-se que sejam apenas dois os elementos integrantes dos dois poderes. Atrás dos dois poderes há três potências políticas: o monarca como representante do poder executivo e, dividindo o parlamento em duas câmaras, a burguesia emergente e a nobreza em declínio.⁽¹⁷⁰⁾ Um terceiro lapso pode ser vislumbrado pela completa ignorância de uma quarta potência política: o povo não integra o modelo de Montesquieu.⁽¹⁷¹⁾

(ii) *separação de poderes?* A separação de poderes é, na verdade, um filho bastardo de Montesquieu:⁽¹⁷²⁾ o dogma da separação de poderes é falso, ao menos naquelas estruturas políticas sinceramente crentes na imprescindibilidade de sistemas efetivos de controle de tais funções. Afinal, se a cada função se reservassem competências inexpugnáveis, ou se deveria confiar eternamente na perfeita obediência aos limites de ação por cada exercente do poder político ou, o que soa mais realista e prudente, mecanismos de controle recíproco deveriam ser criados e operados para viabilizar manutenção do equilíbrio pela abertura de flancos institucionais pelos quais se possibilitasse a repressão dos desvios porventura verificados.⁽¹⁷³⁾ O modelo de Montesquieu, assim, mais se assemelha a um móvel camaleônico: mais que separados, importa que os poderes estejam concertados.⁽¹⁷⁴⁾

(iii) *por trás das cortinas, sorrateiro, o espírito absolutista ainda pairava no ar*: a discreta defesa da perpetuação do prestígio político da

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 172.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 175.

¹⁷⁰ “Só sobram dois; e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta por nobres é muito adequada para produzir este efeito”, além de poder suavizar o rigor das leis e vetar disposições tributárias (*ibidem*, p. 172 e 175).

¹⁷¹ Neste sentido, a crítica de Louis Althusser, *ob. cit.*, p. 90 e 154-155.

¹⁷² “A teoria rígida, inflexível da separação de poderes não é a de MONTESQUIEU, mas a de seus intérpretes demasiadamente zelosos [...] A separação de poderes jamais existiu e não pode existir em uma democracia” (Boris Mirkine-Guetzévitch, “De la séparation des pouvoirs”, in AAVV, *La Pensée Politique et Constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, [s.d.], p. 162-163).

¹⁷³ Para uma crítica mais profunda, cf. Antonio Umberto de Souza Júnior, *O Supremo ...*, p. 34-54.

¹⁷⁴ “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares [...] Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente [...] Para que não se possa abusar do poder, é preciso que pela disposição das coisas o poder limite o poder” (Montesquieu, *ob. cit.*, p. 168).

nobreza revela o real propósito do magnífico esforço de Montesquieu. Os freios não seriam apenas aos poderes, mas à marcha da pulverização do absolutismo monárquico. Isto parece comprovado por várias idéias lançadas no livro *O Espírito das Leis*: a divisão do parlamento para manter um espaço relevante para os nobres, com competência para temperar o eventual rigor da lei, e a jurisdição permanente e corporativa para os nobres paralela à jurisdição temporária e popular para a burguesia são exemplos suficientes para demonstrar a tese de propósitos não tão “nobres” quanto se apregoam.

Embora homenageassem expressamente Montesquieu, chamando-o de oráculo em várias passagens, *Os Artigos Federalistas*⁽¹⁷⁵⁾ conseguiram produzir uma versão aperfeiçoada do sistema de freios e contrapesos. A razão é historicamente compreensível: o modelo federalista estava seriamente comprometido com a democracia republicana nascente e, nesta perspectiva, a ausência de corpos sociais tradicionais e a necessidade de controle do poder conduziam à idéia de harmonia entre os agentes políticos a um nível bem mais arrojado que aquele sonhado por Montesquieu, constrangido que estava por circunstâncias determinantes bem diversas. No móbil norte-americano o equilíbrio é assegurado pelas barreiras de papel, ou seja, por um conjunto de regras e princípios constitucionais onde, ao final, toda força política é atribuída a quem menos infunde temor: os tribunais.⁽¹⁷⁶⁾ A força dos tribunais ganha, nos Estados Unidos, um suplemento importante a partir da famosa decisão no caso *Marbury vs. Madison*, ponto de partida para o controle judicial difuso da constitucionalidade dos atos políticos, competência corajosamente extraída do texto constitucional implícito pela Suprema Corte. Todavia, desde a mesma decisão, iniciou-se, dentro do mesmo espírito de reciprocidade de controles, em contrapartida, a mitigação da expansão judicial por meio da *political questions doctrine*, isto é, da teoria de que, em determinadas matérias, a ação dos poderes executivo e legislativo é invulnerável a controles judiciais. A comumente chamada separação de poderes alcança ali seu nível institucional mais sólido e equilibrado, irradiando sua influência sobre dezenas de países.⁽¹⁷⁷⁾

¹⁷⁵ Madison, Hamilton e Jay, *Os Artigos*

¹⁷⁶ “O judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos” (*ibidem*, p. 479).

¹⁷⁷ Inclusive na montagem do modelo republicano brasileiro, sinceramente devedor da fórmula norte-americana, conforme reconhecido por Rui Barbosa, *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, Rio de Janeiro, 1962, p. 40.

Por conta do legado revolucionário de 1789, que, na organização política, teve na leitura separatista da obra de Montesquieu sua grande orientadora, o constitucionalismo europeu (que, no Século XIX influiu decisivamente na elaboração da primeira constituição brasileira⁽¹⁷⁸⁾) adotou um regime político dogmaticamente fincado em torno da separação de poderes. Toda confiança foi depositada no Parlamento. O receio, por traumas históricos, de um sistema judiciário forte leva à concepção dualista da jurisdição, preservando-se, ao lado das cortes judiciais, um aparelho à parte para controle dos negócios da Administração Pública.⁽¹⁷⁹⁾ O papel arbitral atribuído ao judiciário norte-americano por força da Constituição de 1787 e da decisiva postura jurisprudencial da Suprema Corte, ganha, em algumas monarquias européias, a versão do Poder Moderador desempenhado pelo rei, desequilibrando, mais uma vez, a sensível balança do poder, a favor do poder executivo. O certo é que o dilema posto em torno da separação de poderes parte de uma premissa fundamentalmente falsa: o poder não é separado, mas partilhado mediante a distribuição de competências dispostas de tal sorte que nenhum poder prescinde do apoio e da ausência de censura dos demais.

b) interações e intrusões

A disposição de um sistema em que a tensão das diversas funções vital para o seu bom funcionamento permite sentir que o impacto desta tensão é variável. Em verdade, o maior ou menor risco de fricção entre os órgãos de soberania (parlamento, governo e tribunais) dependerá diretamente do grau de ameaça a áreas constitucionalmente reservadas, em caráter de exclusividade, dando ensejo a que se classifiquem tais situações em (i) zonas de baixa turbulência e (ii) zonas de alta turbulência, que são lançadas aqui sem qualquer ambição de exaustividade;⁽¹⁸⁰⁾

(i) zonas de baixa turbulência:

(i.i.) contencioso eleitoral, confiado, no Brasil, à Justiça Eleitoral. Embora ingresse o judiciário em setor vital para as instituições democráticas – o disciplinamento e controle das atividades

¹⁷⁸ Sobre os influxos recíprocos de Portugal e Brasil na confecção de textos constitucionais, cf. Jorge Miranda, *O Constitucionalismo Liberal Luso-Brasileiro*, Lisboa, 2001.

¹⁷⁹ Paulo Otero, *O Poder ...*, I, Lisboa, 1995, p. 36.

¹⁸⁰ Além dos casos indicados, poderiam ser comentados, dentre outros, a controlabilidade dos atos discricionários, as questões *interna corporis* do parlamento (controle de "regimentalidade" dos procedimentos legislativos), a exigibilidade de prestações positivas pelo Estado, a consolidação e vinculatividade da jurisprudência sumulada (os assentos portugueses e as súmulas e orientações jurisprudenciais no Brasil).

eleitorais –, a tradição brasileira e a origem constitucional da atribuição não têm trazido problemas graves. Aqui opera-se a jurisdicionalização constitucional de questões eleitorais e partidárias, em intrusão legítima (como se dá, ainda que menos intensamente, em Portugal com o Tribunal Constitucional); (i.ii) contencioso de legalidade dos atos administrativos. Sendo os parâmetros decisórios fixados pelos órgãos controlados, garante-se um equilíbrio institucional interessante. Tão tranqüila tem sido a experiência nesta matéria que se assiste (claro que por outras razões também ligadas à evolução do constitucionalismo e a inversão da pauta de valores do Direito Administrativo) ao processo europeu de jurisdicionalização da justiça administrativa. O controle de legalidade dos atos administrativos passa a integrar a cláusula de reserva de jurisdição dos tribunais; (i.iii) atuação normativa dos tribunais. Compreende, de um lado, o complexo de atos de regulamentação das relações internas dos órgãos judiciais e, de outro, a elaboração e aprovação de normas de eficácia exterior aos órgãos. A produção judicial de normas com eficácia exterior é característica própria do Judiciário brasileiro e abarca três espécies normativas, basicamente: os regimentos internos, as sentenças normativas em dissídios coletivos trabalhistas para suprir a ausência de consenso entre categorias empresariais e laborais e as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral para disciplinamento do processo eleitoral. Nos primeiros dois casos, a sede de competência é diretamente a Constituição. Ainda assim, tais aberturas constitucionais não são realizadas sem algumas limitações. Assim, na elaboração dos regimentos, devem os tribunais observar as normas e garantias processuais vigentes e, nos julgamentos de dissídios coletivos, devem as cortes respeitar “as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”⁽¹⁸¹⁾. No que diz respeito à Justiça

¹⁸¹ A prática constitucional, por força da sistemática censura do Supremo Tribunal Federal, virou pelo avesso o limite textual de uma espécie de *non reformatio in pejus* na imposição judicial de normas coletivas trabalhistas. Segundo a Suprema Corte brasileira, não há espaço de constitucionalidade para fixação de condições sociais de trabalho além daquelas asseguradas pela legislação, porque as decisões da Justiça do Trabalho, “a despeito de configurarem fonte de direito objetivo, revestem o caráter de regras subsidiárias, somente suscetíveis de operar no vazio legislativo, e sujeitas à supremacia da lei formal” (STF, 1ª Turma, RE 197.911-PE, Rel. Min. Octávio Gallotti).

Eleitoral, o constituinte brasileiro não definiu sua competência, relegando tal deliberação para a legislação complementar;⁽¹⁸²⁾ (i.iv) *atuação administrativa dos tribunais. Aqui o grau de turbulência é praticamente nulo. A autogestão administrativa dos órgãos de soberania é instrumentalmente imprescindível e, por isso, constitucionalmente regular;*

(i.v) *tribunais de contas. A gestão financeira da Administração Pública por Tribunal de Contas é mais abrangente no caso brasileiro. Além das funções ligadas à fiscalização contábil, é tarefa constitucional do Tribunal de Contas da União o exame das atividades financeiras, econômicas e operacionais de toda a Administração.*⁽¹⁸³⁾ *Contudo, deve ser realçado que os tribunais de contas, em Brasil e em Portugal, ostentam figurinos constitucionais distintos: o português integra a hoste dos tribunais judiciais enquanto que o brasileiro, a despeito da equivalência de garantias judiciárias a seus membros, é órgão auxiliar do Poder Legislativo. Daí não haver fatores de instabilidade institucional relevantes que envolvam o problema proposto neste estudo;*

(i.vi) *atuação jurisdicional do Parlamento. O Senado Feder brasileiro tem a incumbência de julgar os crimes a responsabilidade supostamente cometidos pelo Presidente da República, seu Vice, Ministros de Estado, Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União e Ministros do Supremo Tribunal Federal.*⁽¹⁸⁴⁾ *Embora delicadas as missões confiadas ao “tribunal parlamentar”, não registra a história qualquer incidente na relação entre Legislativo e Judiciário. O único processo de impeachment levado a cabo em toda história da República brasileira, e interrompido, quando o Senado estava prestes a concluir o julgamento, pela renúncia do acusado, foi aquele envolvendo o Presidente Fernando Collor (1992). Portanto, não há precedente algum que possa agitar este mini-sistema de freios e contrapesos;*

¹⁸² Constituição Federal, art. 121.

¹⁸³ Constituição Federal, art. 71. Para um comparativo, cf. Acórdão 461/87, DR, I, 15.1.88, onde se censurou, com a marca da inconstitucionalidade, lei que pretendia ampliar a competência do Tribunal de Contas português para abranger a análise da eficiência da gestão governamental em matéria “econômica, financeira e patrimonial”.

¹⁸⁴ CF, art. 52, I e II.

(i.vii) *fiscalização parlamentar prévia de constitucionalidade. É pacífica, doutrinária e jurisprudencialmente, a possibilidade de proceder o parlamento à avaliação prévia de constitucionalidade de proposições legislativas.*⁽¹⁸⁵⁾ *A atuação não ameaça qualquer competência relativa ao controle judicial, difuso ou direto, de constitucionalidade dos atos normativos. Ao contrário, quando bem executada, a avaliação prévia da constitucionalidade das proposições legislativas poupa aos tribunais possíveis atritos institucionais, retirando, antes da aprovação, aqueles dispositivos incompatíveis com a Constituição;*
 (i.viii) *emendas constitucionais “corretivas”. Outra forma de atuação parlamentar influente sobre a jurisdição, sem maior inquietação, consiste na aprovação de emendas constitucionais ou de leis contornadoras de vícios de inconstitucionalidade observados anteriormente. Não sendo rígidas as Constituições de Portugal e do Brasil e versando as emendas sobre matérias acomodadas dentro dos limites materiais de revisão, a atuação parlamentar conformadora estará levando a “execução” da decisão da corte constitucional às últimas conseqüências;*
 (i.ix) *atuação do Parlamento na composição de órgãos judiciais. Uma das várias faces dos mecanismos recíprocos de controle entre os órgãos de soberania reside na forma de escolha de seus integrantes: 7 dos 17 membros do Conselho Superior da Magistratura e 10 dos 13 juízes do Tribunal Constitucional são escolhidos pela Assembléia da República portuguesa.*⁽¹⁸⁶⁾ *Pela relevância dos órgãos seria de se temer a excessiva partidarização na composição de tais órgãos, eis que dominante o grupo eleito pelo Parlamento. A experiência portuguesa não tem, porém, precedentes negativos a este respeito.*⁽¹⁸⁷⁾ *No caso brasileiro, os candidatos a vagas a tribunais superiores são relacionados em listas triplas formadas pelos respectivos tribunais e encaminhadas ao Presidente da República (à exceção*

¹⁸⁵ No Brasil, os Regimentos da Câmara e do Senado prevêem, como órgão interno permanente, a Comissão de Constituição e Justiça.

¹⁸⁶ CRP, arts. 218º.1, b, e 222º.

¹⁸⁷ Cf., a despeito das severas críticas a outros aspectos atinentes ao Conselho Superior da Magistratura, a opinião no sentido da não partidarização na escolha de seus membros em Carlos Fraga, *Subsídios para a Independência dos Juízes*, Lisboa, 2000, p. 343-344.

do Supremo Tribunal Federal cuja escolha depende de iniciativa exclusiva do Presidente da República). Este escolhe um dos três, que é sabatinado no Senado Federal. Somente com a aprovação do nome do candidato pelo Senado é que o Presidente poderá nomeá-lo. A maior complexidade, no entanto, não altera a tranqüilidade do processo de escolha. Não há registro de recusa de nenhum dos nomes sugeridos pelo Presidente da República.⁽¹⁸⁸⁾

(ii) zonas de alta turbulência:

(ii.i) a fiscalização abstrata de constitucionalidade dos atos normativos. Competência exclusiva da Suprema Corte,⁽¹⁸⁹⁾ esta atividade potencialmente censória pode ser vista, como comumente se vê, como elemento perturbador da relação entre os subsistemas ou, como poucas vezes se enfatiza, como suplemento de legitimidade das leis incensuradas (naqueles casos em que a corte confirma a constitucionalidade do ato). Como a inconstitucionalidade pode ter vários graus (inconstitucionalidade manifesta, inconstitucionalidade parcial), fundar-se em vários critérios (inconstitucionalidade material, inconstitucionalidade formal) e produzir vários efeitos (inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, inconstitucionalidade com efeitos ex tunc, inconstitucionalidade com efeitos ex nunc), não há como negar que a atuação judicial como censora do parlamento é capaz de gerar atritos e impasses institucionais. Mas a racionalidade, a persuasão argumentativa, o apoio nas regras e princípios constitucionais e mesmo a eventual ponderação de valores ameaçados (sobretudo quando é necessário aplicar o princípio da constitucionalidade) são antídotos com bom potencial de eficácia para desanuviar o ambiente de eventual tensão;

(ii.ii) controle concreto das omissões inconstitucionais. A questão revela alguma delicadeza, especialmente no Brasil pela introdução, com a Carta de 1988, do mandado de injunção. Aqui, o risco de invasão é maior porque, enquanto no controle de atos

¹⁸⁸ Exceção feita à provocadora nomeação de um médico para o Supremo Tribunal Federal, na República Velha, em episódio abaixo referido.

¹⁸⁹ CRP, art. 281º; CF, art. 102, I, a.

normativos o tribunal cinge-se a retirar do mundo jurídico a norma inadequada, no controle concreto de omissões inconstitucionais a expectativa reside na expedição da norma individualizada. Embora saudada com grande entusiasmo doutrinário⁽¹⁹⁰⁾ a possibilidade de efetivo controle normatizador das omissões deformadoras da Constituição,⁽¹⁹¹⁾ a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido bem prudente, dando preferência a soluções indenizatórias no lugar do suprimento da norma⁽¹⁹²⁾ e assim reduzindo o impacto da “intrusão”;

(ii.iii) atuação jurisdicional do Governo. Situações há em que o Governo adota medidas que resvalam para a usurpação da função jurisdicional. Aqui, o traço distintivo para tolerar ou não a atuação administrativa reside em saber se o conflito a ser resolvido verifica-se entre a Administração e um particular, no interesse daquela, ou entre particulares. Na segunda hipótese, a reserva constitucional de jurisdição parece não se conformar com esta atividade de mediação autoritária de conflitos de interesses. São os casos, em Portugal, da possibilidade de fixação administrativa de indenizações a particulares nos casos de nacionalização⁽¹⁹³⁾ e expropriação e de retenção de receitas tributárias para pagamento de dívidas junto a empresas públicas.⁽¹⁹⁴⁾

(ii.iv) autoridades administrativas independentes. Outra vertente do mesmo problema pode ser localizada na atuação

¹⁹⁰ Cf., por exemplo, Blanco de Moraes, *Justiça* ..., p. 302-303; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, II, 3. ed., Coimbra, 1996, p. 513, e *Manual de Direito Constitucional*, VI, Coimbra, 2001, p. 278, reconhecendo nesta obra mais recente a timidez do Supremo Tribunal Federal quanto à efetividade da inédita garantia constitucional.

¹⁹¹ A omissão inconstitucional consiste em sutil mecanismo de mutação constitucional onde grupos parlamentares, representantes de uma maioria insuficiente para aprovar emenda constitucional que suprima a regra geradora da lacuna, conseguem virtualmente alterar sua eficácia normativa.

¹⁹² Para uma crítica profunda e incisiva à ineficácia, por obra jurisprudencial, do mandado de injunção, cf. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção*, Belo Horizonte, 1998.

¹⁹³ Cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *Orgânica Judicial. Responsabilidade dos Juízes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1992, p. 15, que nega a persistência de um interesse público autónomo após a efetivação das nacionalizações e pelos limites jurisdicionalmente acanhados do instrumento de reação à disposição dos empresários prejudicados, que é o recurso contencioso. No mesmo sentido: Oliveira Ascensão, “A reserva constitucional de jurisdição”, in *O Direito*, ano 123, 1991, II-III, p. 481-483. Ainda sobre o mesmo tema, Joaquim Pedro Formigal Cardoso da Costa, “A fixação das indemnizações por nacionalização e o princípio da reserva do juiz”, in *Cardenos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n.º 171, 1995, p. 131-169.

¹⁹⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional 260/98.

das constitucionalmente jovens autoridades administrativas independentes⁽¹⁹⁵⁾ de que é exemplo, em termos de polémica, a difusão de recomendações pela Alta Autoridade da Comunicação Social portuguesa.⁽¹⁹⁶⁾ No Brasil, tem sido discutido o papel do Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE). O CADE é uma autarquia federal chamada de órgão judicante pelo legislador (Lei nº 8.884/94, art. 3º). A despeito do apelido de órgão judicante, a lei reguladora dos processos de proteção à livre concorrência é clara em classificar como administrativos os procedimentos instaurados no âmbito do CADE;

(ii.v) *desaplicação administrativa de leis por suspeita de inconstitucionalidade*. Outro modo de possível interferência governamental na função jurisdicional relaciona-se com a *desaplicação administrativa de leis* havidas por inconstitucionais. Um bom guia para tal discussão, em Portugal, é o contributo recente de André Salgado de Mattos.⁽¹⁹⁷⁾ Embora sensibilizem certas contingências ali levantadas (inércia do particular quando beneficiário da norma inconstitucional e obediência a comandos legais indutores da prática de crime, por exemplo)⁽¹⁹⁸⁾, algumas questões podem ameaçar serenidade das conclusões alcançadas. Sendo o fim do direi a estabilização das expectativas de comportamento,⁽¹⁹⁹⁾ sei constitucionalmente adequado que assuma a administração, dentre suas tarefas cotidianas, o exame de constitucionalidade

¹⁹⁵ Em Portugal, a institucionalização das autoridades administrativas independentes tem-se processado sem qualquer critério material para sua configuração. O texto constitucional português é demasiadamente lacônico (CRP, art. 267º.3). Cf., sobre tais entes portugueses, Carlos Blanco de Moraes, *As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa*, Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, I, Lisboa, 2001, p. 101-154. Já a versão brasileira de tais entidades (as agências reguladoras) conta com disciplina constitucional mais precisa, vinculando-as ao cerne do papel regulador do Estado: fiscalização, incentivo e planejamento (CF, art. 174). Sobre a questão no direito brasileiro, cf. Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, São Paulo, 2002.

¹⁹⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional 505/96. Discutia-se ali se o poder de recomendar determinado comportamento a órgãos de imprensa invadia a reserva de jurisdição confiada aos tribunais. A resposta, correta ao meu ver, foi negativa, pois a atuação da AACs situa-se no âmbito ético exclusivamente.

¹⁹⁷ André Salgado de Matos, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Coimbra, 2004.

¹⁹⁸ Blanco de Moraes reúne quatro grupos de situações em que se deva admitir, excepcionalmente, a *desaplicação administrativa de lei*: leis inexistentes, leis interpretáveis conforme a Constituição, leis cujo texto seja manifestamente incongruente e leis agressivas de direitos fundamentais (*Justiça* ..., p. 394-399). Sobre a temática sob exame, cf. Jorge Miranda, *Manual* ..., VI, p. 176-182.

¹⁹⁹ Niklas Luhmann, ob. cit..

das normas que deva cumprir? E se a função jurisdicional está reservada aos tribunais, nos termos da Constituição,⁽²⁰⁰⁾ com que fundamento jurídico respaldaria seu ato o administrador desaplicador de norma para ele suspeita de inconstitucionalidade? A desigualdade, no plano concreto, de preparo cultural – especialmente jurídico – dos agentes administrativos⁽²⁰¹⁾ permite sonhar seriamente com tal projeto ambicioso? O direito de petição, o direito de representação⁽²⁰²⁾ (inclusive ao Provedor de Justiça – um dos ativamente legitimados ao controle abstrato de constitucionalidade), o uso das vias judiciais, administrativas comuns, cognitivas ou cautelares, ou até mesmo, excepcionalmente, o constitucional direito de resistência não são alternativas suficientes para aliviar a angústia jurídica dos problemas postos? (ii.vi) heterotutela administrativa (o caso dos júris avindores). Para ilustrar situações limítrofes em que a reserva de jurisdição dos tribunais foi arranhada, trago o caso dos júris avindores. Estes júris, “compostos de três homens bons da freguesia”⁽²⁰³⁾, eram nomeados pela Câmara Municipal e tinham por atribuição legal verificar a observância da distância de eucaliptos em relação a plantações, tentar conciliar os envolvidos e fixar a indenização porventura devida. O Tribunal Constitucional português reconheceu a inadmissibilidade de tal forma singela de composição de litígios. A “incisão cirúrgica” perpetrada pela Corte parece ter extrapolado os limites da possível patologia constitucional. O tribunal fulminou de integral inconstitucionalidade dois sexagenários diplomas que concebiam, sem mais nem menos, um mecanismo de composição apenas parcialmente de índole jurisdicional. Explica-se: o poder de conciliação do júri convertia-o em um órgão mediador, em perfeita sintonia, por recepção, com a regra do art. 202º.4 da Constituição Portuguesa (possibilidade de criação de

²⁰⁰ Neste sentido, inclusive no tocante ao tema da desaplicação administrativa de normas supostamente inconstitucionais, reconhecendo infração à reserva absoluta de jurisdição, cf. Blanco de Moraes, *Justiça* ..., p. 370 e 399-400.

²⁰¹ Tangenciando esta linha de argumentação, *ibidem*, p. 390-391.

²⁰² Não se confunde o direito de exame da constitucionalidade, propiciador de representação a superior hierárquico, com o direito de desaplicação administrativa de norma supostamente inconstitucional. Neste sentido, Blanco de Moraes, *Justiça* ..., p. 359-363.

²⁰³ Decreto-Lei nº 28.039/1937, art. 3º.

instrumentos de composição não jurisdicional de conflitos). Outro espectro de atuação dos júris cingia-se a uma função inspetora, comum ao poder de polícia administrativa e, assim, mera delegação pontual dele ao povo, envolvendo-o diretamente na administração da coisa pública, em um momento convergente com o espírito da democracia participativa evocado pelo texto constitucional lusitano (CRP, art. 2º); (ii.vii) os atos de governo ou as questões políticas. Os atos políticos, outrora apelidados de atos de governo,⁽²⁰⁴⁾ são multiformes, motivando a acusação de que lhe faltam “factores de homologia relevante que conduzam à sua integração estrutural numa classe própria”⁽²⁰⁵⁾. Os atos políticos seriam aquelas deliberações singulares não legislativas tomadas por agentes políticos, qualquer que seja a forma de que se revistam. O elemento de coesão desta classe de atos não é a forma nem o conteúdo, mas a imunidade jurisdicional de que desfrutam. Como assevera Blanco de Moraes, tais atos geram efeito limitado ao “circuito interno das relações institucionais entre os órgãos de poder político, não projectando directamente as suas consequências jurídicas na esfera dos cidadãos”⁽²⁰⁶⁾. Embora contestada por constitucionalistas,⁽²⁰⁷⁾ não falta quem a defenda,⁽²⁰⁸⁾ seja por remissões explícitas contidas no texto constitucional,⁽²⁰⁹⁾ seja pela utilidade do instituto, especialmente no que toca ao excepcional regime de incontrolabilidade judicial de tais atos. Fundamentalmente, os atos políticos têm seu critério material constitucionalmente vinculado. A dúvida maior fica com a viabilidade de sua autonomia. Ou, em outros termos, questiona-se se a função política não se acha absorvida como ingrediente da função administrativa ou se é um seu desdobramento.⁽²¹⁰⁾ Se

²⁰⁴ Afonso Queiró, *Teoria dos Actos de Governo*, Coimbra, 1948. Sobre o controle jurídico do poder, em geral, cf. Cristina Queiroz, *Os Actos Políticos no Estado de Direito*, Coimbra, 1990.

²⁰⁵ Blanco de Moraes, *Justiça* ..., p. 522-523.

²⁰⁶ Blanco de Moraes, *Justiça* ..., p. 529, embora o autor, em outra passagem do livro, defenda a coexistência, a par dos atos políticos, das normas atípicas da função política, sendo estas, por ostentarem carácter normativo, judicialmente censuráveis (*ibidem*, p. 522-523).

²⁰⁷ À guisa de exemplo, Blanco de Moraes, *Justiça* ..., p. 522.

²⁰⁸ Cf., dentre outros, Marcelo Rebelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 8-9, e, especialmente, Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 1. 6. ed., Coimbra, 1970, p. 171-172.

²⁰⁹ Expressamente, o art. 197º da CRP, por exemplo, enumera uma série de atos compreendidos na função política do Governo.

²¹⁰ Assim, por exemplo, José Afonso da Silva, *ob. cit.*, p. 112.

adotada a classificação sugerida por Blanco de Moraes, parece desprovido de sentido que as normas atípicas da função política sejam autonomizadas. Afinal, normas que são, não merecem a condição especial de autonomia funcional, pois apenas têm como característica comum a excepcionalidade que as justificam (excepcionalidade seja pelo caráter emergencial, seja pelo caráter eventual das hipóteses ensejadoras das medidas). Inserem-se, pois, na função legislativa. Contudo, em relação ao grupo dos atos políticos propriamente ditos, a autonomização apresenta-se útil ao meu ver. Em primeiro lugar porque tais atos não se acomodam confortavelmente em nenhuma das três funções tradicionais (não aparentam cunho normativo, não se assemelham a decisões jurisdicionais nem representam mero cumprimento de comandos normativos previamente conformadores da conduta), gerando um vácuo jurídico-constitucional insólito. Em segundo lugar, há comunhão ontológica na pluralidade formal de tais atos, isto é, há critério eficaz comum que é a insindicabilidade: "são actos políticos ou decisões constitucionais gerais, insubmissos a qualquer controlo"⁽²¹¹⁾. Esta insindicabilidade, contudo, não merece ser absoluta, pois não pode abarcar as situações de usurpação de competências ou de agressão direta ao direito de alguém, constitucionalmente dignas de reprimenda. Supor o contrário abriria um perigoso flanco para grave perturbação do sistema de controles recíprocos no exercício do poder, muito mais nocivo que eventuais dúvidas relativas à legitimidade democrática dos tribunais.

c) e quem vigia os vigilantes?

E quem vigia os vigilantes? Esta indagação, antiga e sempre reiterada, talvez jamais encontre resposta totalmente adequada. Onde há instâncias de controle, sempre haverá um ponto de estrangulamento lógico do sistema (precisamente no momento em que se chega ao topo da pirâmide dos controladores). Queira-se ou não, estas situações são inevitáveis. Como já escrevi em outra ocasião,

²¹¹ Canotilho, ob. cit., p. 277.

“não pode haver harmonia onde inexista o risco de conflito [...]. Estabelecida a premissa da necessidade de meios de controle dos poderes políticos, consiste o passo seguinte em definir se é preciso que algum deles goze de supremacia e, em caso positivo, qual dos poderes deveria assumir tal papel [...]. As competências de cada poder estão delineadas, genericamente, na Constituição. Está nela a fonte de legitimidade de atuação dos agentes políticos. E, transgredidas as reservas de competência, é à Constituição que se agride e, em última análise, ao próprio Estado por ela estruturado. Logo, o controle principal consiste na indispensável conformação (preventiva ou corretiva) dos atos praticados no âmbito de cada poder à constituição. A supremacia, pois, há de ser da constituição. Porém, é óbvio, a constituição não tem como defender-se sem a ação concreta de algum agente”⁽²¹²⁾.

O reforço de legitimidade democrática dos responsáveis pela função jurisdicional, aqui sondado, torna mais plausível esta aparente imunidade do último controlador. Mas é preciso que se diga que este controlador também se sujeita a limites de atuação que, ultrapassados, podem gerar alguma espécie de sanção, interna ou externa. No limite, é preciso que haja uma espécie de “boa-fé” constitucional, talvez uma antítese do que Paulo Otero chama de abuso de constituição,⁽²¹³⁾ e que todos agentes políticos tenham-na presente em todos os seus atos e, especialmente, nos momentos de crise.

d) a judicialização da política

Para encerrar a penúltima parte do segundo ato, parece importante discorrer, brevemente, sobre a face contemporânea dos problemas oriundos da discutível separação de poderes. A confiança de novos papéis para os tribunais e a concomitante juridicização das relações de poder (internamente e em relação aos indivíduos, grupos e à comunidade como um todo) gerou o fenômeno da judicialização da política. O fenômeno é, na verdade, polissêmico,⁽²¹⁴⁾ podendo compreender, do lado dos parlamentos:

²¹² Antonio Umberto de Souza Júnior, ob. cit., p. 19-20.

²¹³ Paulo Otero, *A Democracia* ..., p. 272.

²¹⁴ Cf. Marcus Faro de Castro, “O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política”, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, jun./1997, p. 148; Mauro Cappelletti, *Juízes* ..., p. 77.

(i) a “processualização” da atividade legislativa, ou seja, visando a racionalizar seus trabalhos, o parlamento passa a adotar rotinas tipicamente judiciárias, como a cultura das minúcias regimentais, a designação de relatores, a abertura de prazos para oposição e recursos contra as deliberações tomadas, a realização de audiências públicas, a elaboração de prognoses de controle judicial de constitucionalidade das propostas, a eventual troca do discurso emocional e eloquente por um discurso racionalmente persuasivo;

(ii) a “correção” de decisões judiciárias (reação corretiva). Aqui, é indisfarçável a afronta à reserva de jurisdição dos tribunais. O que pode fazer o legislador, insatisfeito com a solução jurisdicional dada a determinado caso, é alterar a legislação, deixando claros seus propósitos normativos, para que aquela linha jurisprudencial rival não se consolide. Em outras palavras, o que é absolutamente inadmissível é pretender, pelo advento de uma lei, inverter o conteúdo da decisão já tomada em um processo judicial qualquer.⁽²¹⁵⁾ Vejam-se alguns exemplos concretos:

(ii.i) recurso parlamentar contra decisão judicial de inconstitucionalidade. Em matéria de controle de constitucionalidade, o Brasil conviveu, no Estado Novo, com a delirante possibilidade de recurso de anulação de decisões do Supremo Tribunal Federal interposto pelo Presidente da República ao Congresso Nacional;⁽²¹⁶⁾

(ii.ii) leis de anistia.⁽²¹⁷⁾ *A anistia, como se denota do próprio termo, legitima-se pelo acerto de contas com o passado que o poder constituído resolve realizar.*⁽²¹⁸⁾ *O problema é que tais iniciativas exoneratórias acabam por retirar parte da autoridade dos tribunais, pois fertiliza crescentemente a*

²¹⁵ Cf. exemplos no direito comparado em Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 2. ed., São Paulo, 1999, p. 316-321.

²¹⁶ Constituição de 1937, art. 96, parágrafo único: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”. O detalhe que torna mais insólita a situação consiste no fato de que, ao outorgar a Constituição de 1937, foram dissolvidas, por força de seu art. 178, todas as Casas do Legislativo Federal, Estadual e Municipal, que só voltariam a funcionar após a realização de plebiscito referendador da Constituição, sem data determinada para ocorrer (art. 187). A consequência disto é que o Presidente pôde legislar por decreto, inclusive para convalidar decreto instituidor de imposto declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Decreto-Lei nº 1.564, de 5.9.1939, cuja íntegra pode ser lida na obra citada de Gilmar Ferreira Mendes, p. 320.

²¹⁷ No sentido da constitucionalidade das leis de anistia, mediante os requisitos da temporalidade e determinabilidade de seus efeitos (“classe fechada de casos passados”): Acórdão do Tribunal Constitucional 444/97.

²¹⁸ Vide sobre a anistia o Acórdão do Tribunal Constitucional 444/97.

expectativa de que lei superveniente virá afastar o posicionamento judicial, neutralizando completamente sua eficácia. Todavia, a despeito da nocividade em certos casos, deve-se ressaltar que tanto a Constituição portuguesa quanto a brasileira contemplam-na dentre as competências do parlamento,⁽²¹⁹⁾ embora sem qualquer critério material (à exceção da exigência de generalidade contida no texto lusitano). Assim, o campo para a promoção de anistias é imensurável.⁽²²⁰⁾

(iii) incorporação legislativa de sinalização jurisprudencial (reação imitativa). Aqui, em uma espécie de interpretação autêntica de adesão, o legislativo rende-se à jurisprudência formada em torno de determinado dispositivo ou instituto jurídico, agregando a orientação dos tribunais à lei;

(iv) configuração dos tribunais. Contempla-se aqui a ingerência política no número de juízes, nas competências e nas formas de designação e saída dos juízes dos tribunais,⁽²²¹⁾ sobretudo dos tribunais constitucionais. A história é rica no registro de tais ingerências:

(iv.i) a nomeação do médico Barata Ribeiro para o Supremo Tribunal Federal como reação vingativa do Presidente da República Floriano Peixoto, revoltado com decisões contrárias a seus interesses;

(iv.ii) a redução, no Estado Novo de Getúlio Vargas, de 15 para 11 ministros do Supremo Tribunal Federal, com a aposentadoria compulsória dos "excedentários" incomôdos ao regime,⁽²²²⁾

(iv.iii) a ampliação de 11 para 16 ministros no Supremo Tribunal Federal até a saída dos 5 "estorvos" para a ditadura militar no poder em 1966;⁽²²³⁾

²¹⁹ CRP, art. 161º, b; CF, art. 48, VIII.

²²⁰ O Brasil tem longa tradição no assunto: anistia de multas eleitorais (Leis nºs 1346/50, 8744/93, 9274/96 e 9996/2000), anistia de multas aplicadas a sindicatos desobedientes a ordens do Tribunal Superior do Trabalho para que cessassem movimento grevista considerado abusivo (Lei nº 9689/98), anistia referente a demissões ilegais ou políticas de servidores (Leis nºs 8878/94 e 8632/93), anistia a mães condenadas (Lei nº 7417/85), anistia dos acusados ou condenados por atentado ao Presidente da República, em um episódio ocorrido na cidade do Rio de Janeiro, em junho/87 (Lei nº 8048/90), anistia relativa a condenações e perda de condecorações e de outras honrarias referentes ao ex-Presidente João Goulart, então já falecido (Lei nº 7381/85), reversão das condenações de cassação de diploma ou de perda de mandato fundadas no uso indevido da Gráfica do Senado Federal pelos candidatos desde que ressarcissem os prejuízos aos cofres públicos nos valores definidos pela Mesa do Senado Federal (Lei nº 8985/95).

²²¹ Jesse Choper, *Judicial Review and the National Political Process*, Chicago, 1983, p. 380-381.

²²² Oscar Vilhena Vieira, *Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência Política*, São Paulo, 1994, p. 75-76.

²²³ Evandro Lins e Silva, *O Salão dos Passos Perdidos*, Rio de Janeiro, 1997, p. 393 e 403.

(iv.iv) a auto-imunidade jurisdicional absoluta dos atos institucionais editados nos primeiros anos do Regime Militar instalado com o Golpe de 31 de março de 1964, no Brasil;

(iv.v) a ampliação de 5 para 9 juízes na Suprema Corte argentina, ao tempo do Ex-Presidente Carlos Menem, criticada nas grandes manifestações populares que levaram à renúncia do Presidente De La Rúa, no início de 2001.

Do lado dos tribunais, a judicialização da política pode compreender:

(i) o exercício informal do poder, por meio de afirmações à mídia, para fixar posições nem sempre cabíveis nos estreitos limites dos autos;

(ii) o exame das questões políticas. Como já registrado, a doutrina das questões políticas surgiu nos Estados Unidos concomitantemente com o controle judicial de constitucionalidade. Há um clima de perplexidade doutrinária sobre como defini-las. Por ora, para os limitados fins no contexto deste trabalho, fica-se com o conceito fundado no critério eficaz: as questões políticas compreendem toda sorte de deliberação não legislativa dos agentes políticos insubmissa a revisão judicial. Quando o judiciário penetra em tal área, a política estaria em processo judicializador. A imunidade sustentada remete tais questões para doutrinas pré-liberais sustentadoras de poderes absolutos para o legislador-rei. Como já se salientou neste trabalho, se é certo que não comportam censura parlamentar ou judicial determinados atos classificados dentro de uma controvertida função política, não é menos certo que, por um lado, o direito de acesso à justiça não obsta qualquer iniciativa de combate por ser um direito público subjetivo de sede constitucional e, por outro, não pode o judiciário omitir-se se o ato político gravado com a invulnerabilidade é praticado por quem a constituição não autorizava ou com a preterição de formalidades constitucionalmente havidas como essenciais ou que redunde em danos desproporcionais à finalidade do ato em questão.

2.2.3. A questão das regras do jogo

A última cena do segundo ato constitui mais uma tentativa de visualizar rasgos de legitimidade democrática na atuação jurisdicional, agora pelo viés das possíveis repercussões das regras disciplinadoras de tal função. As regras do jogo judicial, conectadas com efeitos legitimadores, podem ser resumidas na passividade judicial, na concretude dos casos, na observância de rituais, na independência e imparcialidade do julgador, na irresponsabilidade judicial e na aplicação da regra da maioria.

a) a passividade judicial

Os tribunais assemelham-se àqueles atletas especialistas nas competições olímpicas de revezamento 4 x 100 metros rasos: o primeiro corredor só inicia o percurso após o disparo do revólver de partida e os demais somente participam da prova depois que lhes é passado o bastão do companheiro. A jurisdição é inerte, só atuando quando provocada.⁽²²⁴⁾ Porém, provocada, a atividade passa a ser impulsionada de ofício. Tal componente é exclusivo da função jurisdicional: os parlamentos e os governos, embora muitas vezes ajam em resposta a reivindicações populares ou corporativas, não necessitam delas para agir.⁽²²⁵⁾ A democracia representativa, contrária ao mandato imperativo, confia cegamente na sensibilidade dos eleitos na seleção das prioridades.

Em contrapartida, a passividade judicial não se estende à fundamentação das decisões: sendo os tribunais responsáveis pela aplicação do direito aos casos que lhe são submetidos, não estão presos à argumentação jurídica das partes, de quem se exige, apenas, que descrevam os fatos configuradores do litígio judicializado.⁽²²⁶⁾

A passividade empresta à atividade jurisdicional um elemento legitimador (ou, melhor dizendo, não deslegitimador) de extrema relevância. É que não dispondo de liberdade de iniciativa, sua atividade é sempre reativa (e responsiva, no sentido empregado neste estudo). Ainda que, especialmente no controle difuso de constitucionalidade das leis, o caso possa servir com pretexto para determinadas generalizações (jurisprudência de cunho virtualmente vinculativo), a manifestação não terá surgido espontaneamente, mas como resposta que está obrigado a dar o subsistema judiciário.

b) o caso concreto

Os tribunais, provocados, somente respondem, em termos de mérito, na presença de litígios concretos. Talvez mesmo na chamada fiscalização abstrata se possa falar em jurisdição de caso concreto: o autor terá proposto ação por vislumbrar, concretamente, vício de inconstitucionalidade. Ou seja, ainda que em nenhum caso a lei questionada tenha sido aplicada, a suspeita

²²⁴ Código de Processo Civil português, art. 3º.1; Código de Processo Civil brasileiro, art. 2º.

²²⁵ Distinguindo a função jurisdicional da função administrativa sob o aspecto de passividade e iniciativa, cf. Marcello Caetano, *Manual ...*, p. 168-169.

²²⁶ Cf. Código de Processo Civil Brasileiro, art. 131.

de inconstitucionalidade é uma situação concreta a abrir a possibilidade de invocação da tutela jurisdicional (um conflito entre o poder editor da norma e o agente desconfiado de sua validade constitucional). Aqui, a atuação jurisdicional vincula-se diretamente, ainda que apenas com um ou poucos indivíduos, com os destinatários de suas deliberações, em um processo dialógico de rara incidência nas instâncias parlamentares e governamentais.

c) os rituais

Toda a movimentação dos tribunais, no exercício da função jurisdicional, ocorre com a forte influência de regras e princípios norteadores do desenvolvimento da relação processual desde sua instauração até o encerramento do feito. A existência de regras e princípios homogêneos torna a atividade jurisdicional altamente previsível, permitindo o controle de sua regularidade e o tratamento isonômico entre litigantes atuais e futuros. Podem ser apontados como princípios legitimadores da atuação jurisdicional:

(i) o princípio da legalidade, tornando o juiz um mediador entre a lei aprovada pelo parlamento e governo e os destinatários, inclusive para restaurar sua vigência perturbada por fatos políticos, econômicos, tecnológicos, sociais, ambientais, dentre outros, supervenientes à norma e nela imprevisíveis;

(ii) o direito à audiência. O processo judicial desenvolve-se mediante a sucessiva concessão de oportunidades de manifestação das partes ou terceiros de alguma forma vinculados ao litígio. Aqui, a postura dialógica da atividade jurisdicional atinge seu ponto máximo de maturação e efetividade: a ignorância desta bilateralidade institucionalizada provoca a nulidade de todos os atos praticados sem a observância do princípio do contraditório. Aqui, a diferença com os demais subsistemas políticos é abissal, pois, enquanto o contraditório é inerente ao processo jurisdicional, ele é absolutamente acidental no processo legislativo e no processo de tomada de decisões governamentais. Ungido pela presunção de fidelidade da representação, emergente do veredito das urnas, o político não se preocupa, ordinariamente, em ouvir os eventuais beneficiários ou destinatários, senão simbolicamente (as visitas a obras públicas em andamento, a bairros assolados por enchentes ou outro tipo de catástrofe natural, as audiências públicas: em todos estes eventos, o político define o tempo disponível para ouvir e seleciona quem vai poder falar-lhe).

(iii) o dever de fundamentação das decisões judiciais. A exposição das razões decisórias é obrigatória nos processos jurisdicionais. Os litigantes, a sociedade e os tribunais superiores têm direito de conhecer os motivos que

conduziram o juiz ou tribunal a adotar, em cada caso concreto, a solução para o litígio. E o faz não só com o propósito de transparência de sua atividade, mas também com a ambição de que conseguirá convencer todos os envolvidos da justeza de sua sentença, gerando em torno de seu ato o consenso legitimador da restauração da paz perturbada pelo litígio a resolver, ainda que por meio de um ato de força, fundado no monopólio entregue ao Estado. Mais uma vez, a aprovação judicial no teste de democraticidade é acompanhada de reprovação das demais agências. Alguém poderá sustentar: mas eu vejo, comumente, projetos de lei com exposição de motivos; logo, as decisões são fundamentadas. Sim, se fosse possível confirmar que, em cada votação de projeto de lei, cada parlamentar teria deliberado em concordância plena com o conteúdo do projeto e com as razões justificadoras apresentadas pelo respectivo autor. Se a busca do consenso envolvesse também a unidade de motivos, a atividade legislativa, provavelmente, sucumbiria a uma total paralisia, especialmente se seus integrantes, como é desejável em uma sociedade pluralista, pertencessem a diversificadas “linhagens” partidárias.

(iv) a recorribilidade. Os juízes ingressam na carreira da magistratura, via de regra, mediante a comprovação ou notoriedade de seus conhecimentos jurídicos. Submetem-se a estágios. No dia-a-dia, não podem decidir desrespeitando regras e princípios. Dão o melhor de si para persuadir de que sua decisão está correta. Apesar de todas estas cautelas, o sistema judicial não descarta a falibilidade humana ao permitir, dadas certas condições, que os vencidos possam renovar ou reforçar sua argumentação para alterar decisão que lhe tenha desagradado. A existência de sistema recursal inser-se na preocupação, democraticamente importante, de amplificação dos meios de controle da atuação jurisdicional. Como já salientado em outra passagem deste trabalho, a população insatisfeita com determinada deliberação parlamentar ou governamental só conta com a arma imediata do protesto e mediata do “voto punitivo” para expulsar o seu “mau” representante.

d) a independência e a imparcialidade do julgador

De certa maneira, a proibição do mandato imperativo é extensiva aos tribunais. A tomada de iniciativa de uma ação não implica, necessariamente, o atendimento da pretensão. O juiz deve ter plena independência para que possa agir liberto de compromissos fundados na hierarquia ou na simples dominação por grupos de pressão. Independência interna (em relação ao seu próprio subsistema, que não lhe pode impor o teor da decisão a ser prolatada,

a não ser nos sistemas guiados pelo *stare decisis*) e externa (em relação às demais agências políticas e em relação aos destinatários), abrangendo nesta perspectiva a imparcialidade (isenção pessoal em relação às partes no processo). Aqui, surge o aparente paradoxo entre a independência e a legitimidade. Afinal, a legitimidade é o elo entre o povo (*demos*) e o poder (*kratos*). Se assim é, a independência impediria a conquista da legitimidade. Isto seria verdade se se tomam a independência e a legitimidade em relação a cada indivíduo e a cada membro da magistratura, isoladamente. Não se trata disto: o processo legitimador compreende o todo da atividade do órgão de soberania. A independência do juiz garante a todos a possibilidade de decisões judiciais iguais para as mesmas premissas fáticas, sem favorecimento ou casuísmos.

c) a (ir)responsabilidade dos juízes

Como desdobramento irresistível da independência, os juízes são exonerados de qualquer responsabilidade por sua atuação.⁽²²⁷⁾ Esta cláusula de irresponsabilidade é o ingrediente complementar dos críticos de uma maior intervenção jurisdicional em temas institucionais delicados. Afinal, os demais agentes do poder têm responsabilidade política, vivendo sob o risco de terem contra si processos disciplinares que impliquem perda de mandato ou da imposição de uma “sentença condenatória” nas eleições seguintes. Se os juízes são imunes, eles não podem agir em áreas concorrentes às das agências parlamentares e governamentais. A responder tal argumentação pode-se ponderar que:

(i) a ampla jurisdicionalidade, ou seja, o grande espectro de matérias submissas a controle judicial, inclusive em questões de natureza política, geraria o paradoxo entre a autocontenção e o dever indeclinável de prestar a tutela jurisdicional. Ainda que seja para dizer que a pretensão veiculada envolve opção política incoerente com os limites de intervenção do judiciário,⁽²²⁸⁾ isto deve ser dito;

(ii) a irresponsabilidade dos juízes é outro daqueles mitos nutridos pela pouca observação de como o sistema judicial funciona:

²²⁷ Niklas Luhmann, ob. cit., p. 113.

²²⁸ Que a jurisprudência brasileira habituou-se a chamar de *não conhecimento*, numa contradição insuperável, pois a decisão judicial só terá sido possível verificando o julgador (isto é, conhecendo e reconhecendo) que o caso está corretamente classificado e, de fato, está fora do perímetro de ação jurisdicional. Em sentido inverso, cf. recente julgado do STF - RE 298694, Relator Min. Sepúlveda Pertence).

(ii.i) o juiz sujeita-se a censura disciplinar que, nos casos mais graves, pode redundar na instauração de processo para sua exclusão dos quadros da magistratura;⁽²²⁹⁾

(ii.ii) nos casos de juízes com mandato selecionados com a participação parlamentar, sujeita-se a sanções políticas que podem ir de reprimendas retóricas (discursos parlamentares) até a negativa de recondução, quando possível; em alguns ordenamentos constitucionais prevê-se a possibilidade de impeachment ou mesmo de recall (presente em algumas constituições estaduais norte-americanas);

(ii.iii) em situações de grande comoção social, pode o juiz sofrer a censura moral da comunidade;⁽²³⁰⁾ *agravada se à comunidade prestarem solidariedade os órgãos da comunicação social;*

(ii.iv) sendo a conduta do magistrado tipificada no direito penal, nada impede que contra ele seja instaurado o inquérito e, havendo indícios suficientes de autoria e de materialidade do delito, seja proposta a ação penal cabível;

(ii.v) nos casos de erro grosseiro, dolo ou retardamento injustificado, abre-se a possibilidade de exigência de indenização civil contra o magistrado, sem falar a hipótese polêmica a responsabilidade regressiva em ações propostas contra o Estado por danos injustos causados por decisões judiciais.⁽²³¹⁾

f) a regra da maioria

A regra da maioria é critério procedimental aritmético de decisão,⁽²³²⁾ comum aos subsistemas políticos (também nos órgãos judiciais colegiados é ele o critério utilizado). Também comuns serão os problemas decorrentes de tal critério:

(i) ao se falar em maioria, é ilusório presumir que os votantes vencedores sejam iguais. Como apurou Robert Dahl, há no grupo de decisores responsáveis pela opinião prevalente membros com diferentes graus de convicção quanto à opção vitoriosa;⁽²³³⁾

²²⁹ A vitaliciedade é, pois, concedida aos juízes sob condição resolutiva.

²³⁰ Cf. Louis Favoreu, "La légitimité ...", p. 240.

²³¹ Cf. Augusto do Amaral Dergint, *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*, São Paulo, 1994.

²³² "O mecanismo que se conforma em registrar decisões de maiorias temporárias condena-se desde que deixe de respeitar escrupulosamente o princípio da livre concorrência na obtenção dessa maioria" (Schmitt, ob. cit., p. 77).

²³³ Cf. Robert Dahl, *Um Prefácio à Teoria Democrática*, p. 105.

(ii) a regra da maioria é um critério formal não identificável, necessariamente com a verdade. Na esfera jurídica, isto justificará o levantamento de barreiras destruidoras de decisões majoritárias violadoras de certos direitos ou garantias (direitos fundamentais). Neste aspecto, o sistema corre risco de impasse insolúvel: refiro-me à hipótese em que a decisão majoritária, violadora de direitos ou garantias especialmente protegidos, advém de um tribunal de instância máxima. Mais uma vez a velha pergunta sobre os controladores dos controladores aflora;

(iii) a regra de maioria não pode afrontar o direito de organização e de atuação das minorias parlamentares. O bloqueio da atuação das minorias projeta para o futuro a cessação da rotatividade do poder.⁽²³⁴⁾ A inviabilização da alternância na ocupação dos postos do poder transformaria a democracia em um nome sem qualquer conteúdo.

3. ÚLTIMO ATO: O BRILHO NA PENUMBRA

A democracia, com todos os problemas aqui levantados e que sugerem o seu aparente fracasso, será um sonho impossível? Sim, obra humana dependente da vitalização de certos princípios e da bondade de comportamento de certos agentes, mostra-se um sonho em construção de difícil concretização. Porém, ainda que se vislumbre nela a condição de um mito do Século XXI, é um projeto inabandonável.⁽²³⁵⁾

Se assusta a perspectiva de um *governo de juízes* a ameaçar a democracia, certamente abominaria mais supor uma democracia despida de instrumentos efetivos e razoavelmente velozes para garantir a dignidade humana. Talvez, experimentados modelos estatais com lideranças institucionais solitárias, conclua-se que o móbile de Montesquieu possa revigorar-se com três peças fortes.⁽²³⁶⁾

O que não se poderá sustentar, à guisa de afastar os tribunais deste conjunto de controles políticos, ao meu ver, é que haja carência de legitimidade democrática no subsistema judicial. Espero haver demonstrado que, seja examinado isoladamente, seja comparado com a democraticidade dos demais

²³⁴ Cf. John Hart Ely, *Democracia y Desconfianza*, Santafe de Bogotá, 1997.

²³⁵ "É uma unidade aberta cuja concretização é considerada possível num futuro indefinido, e a realidade concreta nada mais é do que um esboço deste futuro (Lucio Levi, "Legitimidade", in Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, *Dicionário ...*, II, p. 678).

²³⁶ "Em uma época de estabilidade nas idéias e nos atos, dominará o Estado jurisdicional. O poder judiciário independente do Estado, capaz de tomar decisões em última instância, aparecerá como o guardião e o defensor do direito, o qual será ele próprio distinto do Estado e colocado acima deste" (Carl Schmitt, ob. cit., p. 47).

agentes do poder, os tribunais ostentam já uma razoável legitimidade democrática a possibilitar que continue presente no jogo do poder, mesmo em instantes institucionalmente tensos.

Ao final deste estudo, lança-se em um quadro-resumo o comparativo de desempenho dos tribunais e políticos nos principais quesitos aqui discutidos.

AGENTES <i>Crítérios</i>	JUDICIÁRIO	POLÍTICOS
<i>sujeição à soberania popular</i>	imediatamente baixa mediatamente alta	imediatamente alta mediatamente baixa
<i>participação popular</i>	grau restrito, mas constante	grau irrestrito, mas instável
<i>forma de organização</i>	plutocracia	oligarquia
<i>observância dos ritos</i>	alta	alta
<i>visibilidade</i>	continuamente alta	instável
<i>capacidade normativa</i>	baixa e secundária	alta e primária
<i>responsividade</i>	alta	baixa
<i>argumentatividade</i>	necessária	desnecessária
<i>poder de iniciativa</i>	nulo	alto
<i>acessibilidade</i>	alta	baixa
<i>recorribilidade</i>	institucionalmente imediata	institucionalmente mediata

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AAVV, *La Pensée Politique et Constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, [s.d.].
- AAVV, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995.
- ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu, a Política e a História*, Lisboa, 1972.
- AMARAL, Diogo Freitas do, *História das ideias políticas*, I, Coimbra, 1999.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço, *O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI*, Coimbra, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, "A reserva constitucional de jurisdição", in *O Direito*, ano 123, 1991, II-III, p. 465-485.
- BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, 1985.
- BARBOSA, Rui, *Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, Rio de Janeiro, 1962.
- BARRETO, Antonio (Org.), *Justiça em Crise? Crises da Justiça*, Lisboa, 2000.
- BOBBIO, Norberto, *O futuro da democracia*, 6. ed., Rio de Janeiro, 1997.
- _____, *Estado, Governo, Sociedade*, Rio de Janeiro, 1999.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, *Dicionário de Política*, II, 11. ed., Brasília, 1998.
- BONAVIDES, Paulo, "A despolitização da legitimidade", in *O Direito*, ano 125, 1993, I-II, p. 61-85..
- _____, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 6. ed., São Paulo, 1996.
- _____, *Curso de Direito Constitucional*, 7. ed., São Paulo, 1998.
- _____, *Ciência Política*, 10. ed., São Paulo, 1998.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, I, 6. ed., Coimbra, 1970.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes, *Direito e Democracia*, 2. ed., São Paulo, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5. ed., Coimbra, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Juízes Legisladores?* Porto Alegre, 1993.
- CASTRO, Marcus Faro, "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política", in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, jun./1997, p. 147-156.

CHOPER, Jesse, *Judicial Review and the National Political Process*, Chicago, 1983.

COSTA, Joaquim Pedro Formigal Cardoso da, "A fixação das indenizações por nacionalização e o princípio da reserva do juiz", in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n. 171, 1995, p. 131-169.

DAHL, Robert, *Um Prefácio à Democracia Econômica*, Rio de Janeiro, 1990.

_____, *Um Prefácio à Teoria Democrática*, Rio de Janeiro, 1996.

DAVID, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, São Paulo, 1993.

DERGINT, Augusto do Amaral, *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*, São Paulo, 1994.

DWORKIN, Ronald, *Uma Questão de Princípio*, São Paulo, 2000.

ELY, John Hart, *Democracia y Desconfianza*, Santafe de Bogotá, 1997.

ESTEVES, Maria da Assunção, *A Constitucionalização do Direito de Resistência*, Lisboa, 1989.

FARIA, José Eduardo, *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*, Porto Alegre, 1985.

_____, (Org.), *Direito e Justiça - a Função Social do Judiciário*, 3 ed., São Paulo, 1997.

FAVOREU, Louis, (Dir.), *Cours Constitutionnelles Européennes et Droits Fondamentaux*, Paris e Aix-en-Provence, 1987.

FAVOREU, Louis; JOLOWICZ, J. A., *Le Contrôle Juridictionnel des Lois*, Paris e Aix-en-Provence, 1986.

FOUCAULT, Michel, *Vigiar e Punir*, 24. ed., Petrópolis, 2001.

FRAGA, Carlos, *Subsídios para a Independência dos Juízes*, Lisboa, 2000.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto dias, *Da Justiça Administrativa em Portugal: sua origem e evolução*, Lisboa, 1994.

GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, 2. ed., Lisboa, 1995.

HABERMAS, Jürgen, *A Crise de Legitimação do Capitalismo Tardio*, 2. ed., Rio de Janeiro, 1994.

HOMEM, António Pedro Barbas; GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Debate da Justiça*, Lisboa, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, São Paulo, 2002.

- LUHMANN, Niklas, *Legitimação pelo Procedimento*, Brasília, 1980.
- MACHADO FILHO, Sebastião, "A Constituição da Inglaterra", in *Notícia do Direito Brasileiro*, Nova Série, n. 6, 1998, p. 25-34.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John, *Os Artigos Federalistas*, Rio de Janeiro, 1993.
- MATOS, André Salgado de, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Coimbra, 2004.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 13. ed., São Paulo, 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 2. ed., São Paulo, 1999.
- MICHELS, Robert, *Para uma Sociologia dos Partidos Políticos na Democracia Moderna*, Lisboa, 2001.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, II, 3. ed., Coimbra, 1996.
- _____, *Manual de Direito Constitucional*, V, 2. ed., Coimbra, 2000.
- _____, *Manual de Direito Constitucional*, VI, Coimbra, 2001.
- _____, *O Constitucionalismo Liberal Luso-Brasileiro*, Lisboa, 2001.
- MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, 2. ed., São Paulo, 1996.
- MORAIS, Carlos Blanco de, *As Autoridades Administrativas Independentes na Ordem Jurídica Portuguesa*, Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, I, Lisboa, 2001, p. 101-154.
- _____, *Justiça Constitucional*, I, Coimbra, 2002.
- MOREIRA, Adriano, *Ciência Política*, Coimbra, 2001.
- MÜLLER, Friedrich, *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*, São Paulo, 1998.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, *Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito*, Belo Horizonte, 1998.
- OTERO, Paulo, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, I e II, Lisboa, 1995.
- _____, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I, Lisboa, 1998.
- _____, *A democracia totalitária*, São João do Estoril, 2001.
- QUEIRO, Afonso, *Teoria dos Actos de Governo*, Coimbra, 1948.
- QUEIROZ, Cristina M. M., *Os Actos Políticos no Estado de Direito*, Coimbra, 1990.
- RANGEL, Paulo Castro, *Reserva de Jurisdição*, Porto, 1997.
- REDOR, Marie-Joëlle, *De l'Etat Légal à l'Etat de Droit*, Paris e Aix-en-Provence, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa, *A Crítica da Razão Indolente*, São Paulo, 2000.

_____, (Org.), *Democratizar a Democracia*, Rio de Janeiro, 2002.

SARTORI, Giovanni, *A Teoria da Democracia Revisitada*, II, São Paulo, 1994.

_____, *Engenharia Constitucional*, Brasília, 1996.

SCHMITT, Carl, *Légalité Legitimité*, Paris, 1936.

SIEYES, Emmanuel Joseph, *A Constituinte Burguesa*, 3. ed., Rio de Janeiro, 1997.

SILVA, Evandro Lins e, *O Salão dos Passos Perdidos*, Rio de Janeiro, 1997.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19. ed., São Paulo, 2001.

SILVA, Vasco Pereira da, *Ventos de Mudança no Contencioso Administrativo*, Coimbra, 2000.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, *Orgânica Judicial, Responsabilidade dos Juízes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1992.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de, *O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção judicial no exame das questões políticas*, Porto Alegre, 2004.

SPINA, Antonio la e MAJONE, Giandomenico, *Lo Stato Regolatore* Bologna, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena, *Supremo Tribunal Federal Jurisprudência Política*, São Paulo, 1994.

WEBER, Max, *Economia e Sociedade*, I, Brasília, 1998.

_____, *Economia e Sociedade*, II, Brasília, 1999.